CRITICA DELLA PENA E SVOLGIMENTO DI ALCUNI PRINCIPI INTORNO AL...

Odoardo Luchini



CRITICA DELLA PENA

E SVOLGIMENTO

DI ALCUNI PRINCIPJ INTORNO AL DIRITTO DI PUNIRE

ESPOSTI DAL VICO NEL LIBRO

DE UNIVERSI JURIS UNO PRINCIPIO ET FINE UNO.

LAVORO

DI ODOARDO LUCHINI

AVVOCATO ADDETTO ALLE RR. CORTI DI CASSAZIONE DEL REGNO,
LAUREATO IN SCIENZE AMMINISTRATIVE.



La scienza non può stare senza principj né i principj senza la sintesi: nè la sintesi è possibile se non si ascende alle notizie ideali, onde pervengono come da propria sorgente la solidità, la forza e la bellezza delle dottrine.

ROSMINI. *Filos. del Diritto*

FIRENZE
TIPOGRAFIA DEL VOCABOLARIO
1868

CRITICA DELLA PENA

SOMMARIO

I.

Chi intende agli studj criminali, è maravigliato pei dubbj che incontra ricercando l'ultima ragione del diritto di punire, per la contradizione tra i principj che i varii cultori della scienza addussero come fonte del medesimo. Se chiedendo a se stesso che sia quello istituto giuridico che dicesi pena, e perchè vi sia, non sa trovare un adeguata risposta, e insieme ne sente la indiscutibile necessità, lo stato della coscienza di lui risponde ad un dubbio che agita da lungo tempo il pensiero umano, e che presuntuoso sarebbe il negare.

Dopo il 1814 e fino alla metà circa del secolo presente, in quel periodo che fu de' più fortunati per le scienze sociali, allorchè si maturava lo studio dei problemi posti dal secolo XVIII e dalla Rivoluzione, copiosamente si discussa la controversia: fu per poco sopita, ed ora si riaccende. I partigiani delle varie scuole tornano nello arringo, ed oggi una nuova scuola, (seppure può ambire tal nome), nega eziandio il diritto di punire.

Se ogni scienza è esplicazione di un principio, quello della ragione punitiva fu vario non solo per diversità di tempi e di scrittori, ma il principio degli uni è negazione del principio degli altri. Se vacillano le premesse, come potranno ammettersi

le conseguenze? Pur tuttavia si punisce, e, almeno generalmente, non si nega la necessità della pena: ma se si fa una sintesi del lavorio complesso di tutta la umanità intorno al soggetto, siam tenuti a confessare esser dubbia la esistenza di una scienza del diritto punitivo, non ravvisandone noi storicamente se non l'arte, l'arte di applicare dolori per evitare danni sociali. In vero, ove cercare la scienza laddove non fu trovato il principio? Il pensiero umano l'ha egli trovato? È per l'espiazione o per l'utilità? È con Kant o con Bentham? con Hegel o con Romagnosi? Edifichiamo dunque sull'incerto teoremi non già astratti e remoti dall'applicazione, ma le leggi che dispongono della vita e della libertà degli uomini?

Comporre sistemi e opinioni inconciliabili come un seducente eclettismo si studia, è opera impossibile e vana, ostenti chi vuol sottile spirito ed acume, la contradizione tra due verità non consente palliativi.

A noi invece pare opportuno, investigati principali sistemi razionali del diritto punitivo, raffrontarli e porne in rilievo il lato manchevole, agevolarsi in tal guisa lo studio della parte affermativa, e discorrendo dei principj dell'ordine universale alla ragione della pena, studiarsi con la scorta di un grande pensatore italiano di cercare quella via che può portare la mente, se non a risolvere, a intravedere almeno la risoluzione dell'arduo problema.

Conceda il lettore che noi adottando facile e breve linguaggio seguiamo quel metodo scientifico, nostrano per eccellenza, ma che modernamente un illustre francese, il Troplong ebbe il pregio di ritornare in onore con gran profitto degli studj giuridici; quel sistema che di ogni giuridico istituto ricerca la ragione prima nel fatto, poi nella storia della scienza, indi nella coscienza.

II.

Costituisce la essenza della natura umana lo istinto della conservazione, istinto che quando siamo offesi ci porta a respingere l'offesa, a irrompere contro chi la porta. Gli scrittori sono sui quasi tutti cominciare da questa verità le investigazioni sulla origine razionale della pena, e noi prenderemo di qui le mosse del processo istorico.

L'istinto della conservazione, ossia dell'essere, il quale in

sè include il benessere o l'incremento del *me*, tende a proseguire la reazione contro l'offensore, comecchè l'offesa abbia cessato o sia irreparabilmente accaduta, e ciò per tre ragioni intimamente collegate, consentanee alle tre umane facoltà:

1° Per impedire che l'offensore torni nuovamente all'offesa, (bisogno della ragione).

2° Per un sentimento di superiorità verso chi in noi non rispetta la umana dignità (bisogno morale)

3° Per l'avversione e l'odio dei quali è cagione in noi qualsiasi cosa che ci fa male (bisogno del sentimento)

Questo terzo elemento è quello che più vivamente si fa sentire e predomina nella passione della vendetta, ma include anche gli altri due, come ogni passione umana adombra un principio ideale.

La vendetta è istinto naturale sì allo individuo come alla famiglia, alla specie; e per chi bene avvisa l'ordine delle azioni umane, deve essere stata prima cagione della pena. Nella vendetta in fatti è più sentimento che pensiero, e più che i popoli sono rozzi ed incolti, vieppiù obbediscono alle leggi di quello che di questo, (1) la vendetta è la più spontanea, la più ingenua delle cagioni, e nel primo comporsi delle civili società doveva esser la prima, tanto più che in quell'epoca gli uomini tenevano più del bruto, (2) e si vede anche gli animali esser dotati dello istinto della vedetta ed avere un barlume di esemplarità (3).

Non consentiamo con Pellegrino Rossi nel porre la espiazione istoricamente prima della vendetta, così per le ragioni allegate come perchè, sebbene il sentimento della divinità sia coevo alla natura umana, il *pensiero* tuttavia di esso nasce più tardi; e la espiazione suppone il pensiero di un principio regolatore e vita del mondo; e quel pensiero non può nascere e generalizzarsi se non in certo grado di coltura, non potendo la barbarie avvisare il concetto della divinità come principio.

Prima manifestazione del sentimento del proprio essere è conservarsi: successiva manifestazione è cercare un miglioramento; ma questo perchè divenga una norma di vivere sociale richiede maggior grado di cultura e un concetto, per quanto manche-

(1) Vico *Scienza Nuova* — Hegel *F. della Storia I.*
(2) Vico. *Ibid*
(3) Rossi *Droit Penal* L. II. — Gioberti *Prolologia*, II, pag. 222 ove cita l'opinione di Plutarco.

vole, di finalità [1], e allora genera l'amore, la tendenza, l'aspirazione.

Il sentimento della paura plasmava le prime divinità degli uomini, e queste essendo giudici delle umane azioni, imponevano pene terribili a chi violasse le leggi, chiedendo il sangue dei colpevoli ad espiare i delitti commessi, grave offesa della maestà divina. Allora la pena come ingiuria alle divinità, cominciò a divenire un principio. E come la mente umana nel primo intuito confonde tutte le varie relazioni delle cose, che soltanto più tardi discerne, in pari guisa, le prime nazioni nelle loro prime epoche confondevano nel concetto teologico preponderante e sovrano la politica, la morale e il gius civile; e la lesione di qualsiasi diritto altrui, e spesso la semplice violazione d'un patto o d'una regola di convenienza era giudicata una violazione dell'autorità teocratica. Onde la moltiplicità delle sanzioni espiatorie, e il maggior numero nelle leggi dei barbari delle disposizioni penali che delle civili [2].

In tutti gli stati teocratici e negli jeratici, i quali governava quella giurisprudenza dal Vico chiamata divina [3], si osserva questa ragione delle pene, le quali cominciavano in questa vita, e continuevano nella vita futura [4].

Ma pregio dell'espiazione era, se non altro, essere un principio, non soltanto un sentimento, ed ove sia da esso eliminato tutto ciò che havvi di passionato, per via del concetto antropomorfico della divinità, egli è il medesimo principio che in piena civiltà fu seguito da Kant, da molte scuole germaniche, e da Pellegrino Rossi.

È evidente in fatti essere ogni offesa alla morale o all'ordine sociale una negazione dell'ordine eterno, dello Assoluto, di Dio. Negli stati quindi ove il concetto religioso dominava sovrano, e si spiegava nei sociali ordinamenti, bastava l'offesa formale di esso per persuadere la pena. Di mano in mano però che la società se ne emancipava, la pena andava proporzionandosi ai nuovi bisogni sociali; e il concetto di espiazione si sposava a quello di utilità che gli serviva di limite: appunto come nella teorica del Rossi.

(1) V. Mamiani. *Le Confes. d'un Met.* L. V, pag. 162.
(2) Dubois — *Hist. du droit crim.* I, Partie.
(3) Guizot. *Hist. de la civ. en France.*
(4) Eschilo Eumenidi. Coro — *Codice di Manu* L. ultimo (edito dal Cantù) e gli altri Codici del primo Oriente, eccettuati forse gli Ebrei che ben tardi parlano di immortalità dell'anima.

Col sorgere degli Stati e col preponderare delle civili istituzioni sulle religiose, le leggi tutte attesero più alla ragion di Stato che alla collera dei Numi, l'incivilimento aveva reso l'uomo più mite, la fede antica, prodotto della paura, scemava: s'iniziava una fede prodotto dell'amore e in questo tempo un imperatore romano poteva esclamare: *Deorum injuriae Diis curae* (1).

E poichè nelle tradizioni era il concetto della vendetta, la repressione dei delitti si chiamò *vendetta pubblica*, con parola adequata, ove si ponga mente alla natura degli stati primitivi, gelosi gli uni degli altri, passionati fautori non della supremazia quanto della tirannide del diritto pubblico sul privato.

Ma la vendetta è propria specialmente dei secoli *eroici;* e come tosto ci avviciniamo ai tempi civili ed *umani*, quel concetto si traduce in quello di tutela della società civile mediante l'esempio della pena.

Un altro principio si manifestava accanto a quelli suaccennati, sebbene non abbia mai avuto un periodo di predominio. la correzione o emenda del delinquente. Fu l'emenda ritenuta come fine principale della pena presso quasi tutti i popoli anche al tempo della espiazione (2). La mitologia braminica (3) e la persiana ne pongono esempj, come la filosofia greca

Platone assegna alla legge penale il compito di render l'uomo migliore o, almeno, meno cattivo (4), e benchè in qualche parte delle sue opere dica la pena un adempimento della assoluta giustizia, (5) altrove dice avere per fine la prevenzione dei possibili reati futuri, (6) segno evidente che il filosofo di Atene ravvisava tutti ad un tempo questi scopi nella pena, ma principalmente si fermava sull'esempio, dovendosi i maligni punire per impedire i delitti, *non quia peccaverunt; nam quod factum est infectum esse non potest* (7).

Cicerone si attiene all'esempio (8); Seneca all'emenda del

(1) Tacito, Annali — Secondo un dotto di cui non ricordo il nome, questo era già un proverbio in Roma al tempo di Tiberio.
(2) *V. Dubois, Histoire du droit criminel. Dupuis:* l'origine di tutti culti, passim.
(3) *Codice di Manu.* XXI, 318 nel Cantù · *Stor. un.*
(4) *Protagora* trad. di Cous. 41.
(5) *Leggi* L. IX, 11
(6) *Gorgia* trad. di Cousin, passim.
(7) *Leggi* L. XI
(8) *De off.* L. I.

colpevole, alla emenda dei propensi a delinquere e alla sicurtà di tutti gli altri [1]. Seguendo in ciò il genio politico dei Romani, da questi tre motivi che si riferivano al futuro traevano la ragione della pena, la quale non doveva mai riferirsi unicamente ad un passato irrevocabile [2].

Generalmente i Romani ebbero in pregio di avere le leggi penali più miti degli altri popoli [3]: e Paolo ispirato dal Cristianesimo disse in una celebre sentenza le pene esser fatte per la emenda degli uomini [4].

Anche nella L. 1. Cod. de emend. si adduce la emenda come ragione della pena: in altri luoghi però delle leggi romane ora è data per ragione l'esempio [5], ora la intimidazione [6], ora la prevenzione [7], ma in niun luogo la espiazione o un principio di assoluta giustizia.

In seguito, a seconda della forma politica che reggevá la società, ora si dovè il predominio a taluno degli elementi che erano riconosciuti rientrare nel fine della pena, ora a talun altro. La espiazione signoreggiò in alcuni delitti che più direttamente offendevano la religione dello Stato: ma dopo il Risorgimento, per lo incremento della civiltà, pel menomarsi del sentimento religioso, si ritornò verso la dottrina latina della utilità. Più generalmente poi si diceva di punire perchè la necessità lo imponeva, tutti riconoscendo la necessità della sanzione penale.

La varietà è continuata sino ai nostri giorni; e se parliamo soltanto dei più illustri scrittori, noi vediamo Pagano addurre per ragione la vendetta pubblica, Kant l'assoluta giustizia, Rossi l'espiazione entro il limite dei bisogni sociali; Beccaria e Carmignani il mantenimento dell'ordine, Bentham l'utilità, Romagnosi la difesa sociale; taluni altri la correzione.

In Italia si sta generalmente alla dottrina del Carmignani, ampliazione di quella del Beccaria, in Francia col Rossi: in Germania si è divisi tra le varie scuole.

Dallo studio della Storia noi non possiamo rilevare se non che nei tempi di teocrazia vigeva l'espiazione; e questo è ben

(1) *De Clem.* L. 1, 23.
(2) *De Ira* L. 1. 16.
(3) Livio *Hist.* Dec. I, 2.
(4) L. 20 ff. De *poen.*
(5) L. 1. Cod. de Rapt. virg. § 8 Inst. De Obl. ex del.
(6) L. 1. § 1. Dig. de Iust. et Iure — L. VI. § 1. Dig. de Poen.
(7) L. 6. Dig. De Cust. reor. — L. 14. Codice de poen.

naturale. Ma d'altra parte anche sotto liberi ordinamenti e in tempi di maggior cultura fu professata. E se noi vediamo il principio dell'utile professato anch'esso in tempi di civiltà e di barbarie; se vediamo Kant, il filosofo della libertà, essere il più gran partigiano del taglione (1), Hegel il filosofo del pensiero fare della scure e dei ceppi la ristaurazione dello Assoluto; Bentham, amico di libertà negare la giustizia della pena; negarla il Roberti, negarle una nuova scuola di repubblicani francesi, difenderla e farne una esplicazione dell'assoluta giustizia il nostro più illustre filosofo vivente; il Mamiani, in tanta discordia d'opinioni autorevoli, noi saremmo tentati di chiedere se la ragione finale della pena sia cosa che trascenda la intelligenza umana.

I sistemi scientifici sul diritto punitivo si partiscono in tre grandi categorie, secondo che vedono nella pena un atto di assoluta giustizia o di pratica utilità, o contemperano l'un principio con l'altro. Tutti i sistemi conosciuti, checchè possa parerne per varietà di linguaggio, appartengono ad alcuna di esse.

III.

Emanuele Kant, il cui sistema soggettivo pone l'assoluto nell'io pensante, pone come dovere generale dell'uomo il bene, che nell'ordine delle concezioni di quel filosofo è quella formula che si manifesta alla coscienza dicendole. opera in guisa che le tue azioni possano esser riconosciute come massima universale. La natura umana è sostanzialmente ordinata al raggiungimento di questo bene; anzi in esso è sua vita, onde quella massima sociale: rispetta sempre l'uomo come scopo e fine a sè stesso, essendo partecipe dello Assoluto.

Affinchè poi l'uomo possa conformare le sue azioni a quello imperativo della ragione, fa mestieri rimuova da sè tutti gli ostacoli, dipendenti dalla sua duplice natura interna ed esterna, che potrebbero impedirgli di determinarsi a seconda della ragione dalla quale la sua autonomia è costituita.

I precetti morali servono pel conseguimento della libertà interna.

(1) Pei reati di libidine, consiglia la evirazione, tanto è fanatico del taglione. Il Prof. Mancini nelle sue lettere a Mamiani lo censura sdegnosamente come merita.

Ma l'uomo costituito eziandio di natura sensitiva, ha per obietto del suo operare molte cause esterne: e poichè molti limiti incontra la sua attività, in mezzo ad esseri simili, è necessario il diritto, ossia una regola la quale partendo dal concetto del bene della morale libertà e dallo esame della natura sensitiva, ordini l'uso e lo esercizio delle facoltà umane secondo il fine di ciascuno e di tutti: onde il diritto è il complesso delle condizioni mercè le quali la libertà di ciascheduno può coesistere con la libertà di tutti. Difende il diritto la libertà morale dalle cause esterne, e conseguentemente legittima è la coercizione, perchè a difesa della libertà morale, del bene.

Nasce il diritto penale non già da una semplice violazione morale, ma quando si è violato insieme un diritto naturale altrui e con volontà coordinata al male. Per riconoscere se un'azione è punibile si ha la formula seguente: Quell'azione divenne incompatibile con la libertà di tutti?

Muovendo il filosofo alemanno dal principio che l'uomo è fine a sè stesso, alla natura umana disdice servire di mezzo, egli rigetta il principio della prevenzione, quello della esemplarità e della difesa sociale. Egli vuole dalla pena solo una ragione derivante dallo Assoluto.

«La pena giuridica, dice, distinta dalla naturale onde il vizio « si punisce esso stesso, e alla quale il legislatore non avvisa, « non può mai esser decretata come semplice mezzo di giungere ad « un bene, sia a profitto del delinquente, sia della società, Gli « si deve applicare soltanto perchè si rese colpevole. L'uomo « non può mai aversi in conto di mezzo allo altrui servigio, « nè confondersi con gli oggetti del diritto reale: lo preserva « da ciò la sua naturale personalità, comecchè possa esser con- « dannato a perdere la personalità civile. Fa d'uopo trovarlo « degno di pena prima di pensare a tirare da questa punizione « qualche utile per lui o per altri » (1).

Per Kant l'ideale della giustizia è espresso nella formula del taglione, non preso nella sua manifestazione materiale, come usano i popoli barbari, ma nella sua manifestazione ideale. Il male della pena deve equilibrare il male dell'azione malvagia, e per quanto sia possibile, sia della medesima indole: vale a dire il legislatore deve adoperarsi affinchè il reo sia menomato di tanti di quei mezzi soggettivi della sua libertà, quanti ne violò in altrui.

(1) *Elem. metaph. de la doctr.* du droit, trad. Barni, pag. 185.

Delitti perseguibili a querela di parte non possono ammettersi. Ammettendoli un mezzo necessario di tutela della libertà esterna si fa dipendere dallo arbitrio dei singoli.

Questo sistema ove il diritto, sebbene posto a tutela di un fine assoluto, è soltanto una forma, un contenente le cui modalità dipendono dagli accidenti della natura esteriore, riposa su due principj sovrani. Il primo che l'uomo, essendo fine a se stesso, ravvisandosi in ogni uomo tutta l'umanità, per usare la frase che corre in Alemagna, ei non può servire ad altrui di mezzo e strumento per lo spavento o correzione: il secondo, che è regola d'assoluta giustizia è: il male del delitto dover meritare il male della pena; ogni infrazione della legge esigere una repressione.

Esamineremo tra breve il valore di questi due principj cardinali delle *teoriche di giustizia* alemanne.

IV.

L'opinione dell'Hegel partecipa della sua filosofia assoluta ed obiettiva. Dovendo la mente in ogni ricerca fermarsi soltanto ove rinviene l'Assoluto per se stesso, vede nell'Idea la ragion della pena (1).

Scopo dell'uomo, dice il filosofo tedesco, è il perfezionamento, ossia l'Assoluto, di che egli tanto più partecipa, quanto maggiore è la libertà sua: la violenza fatta ad altrui è negazione dello altrui diritto, dell'altrui finalità e quindi dello Assoluto.

Poichè la violenza contraddice la idea di volontà, e necessità venga repressa con altra violenza, la quale non solo è lecita in diritto, ma pur necessaria, conciossiachè diretta a cancellare la violenza prima.

Quella prima azione violenta non è; è nulla, dacchè la violenza sua consista nel volere annullare il diritto che è immutabile ed assoluto: quindi la manifestazione del delitto è in sè nulla, come nulla è l'effetto di esso (2).

Perdoni il lettore al filosofo tedesco l'astruso linguaggio! Ciò che è nulla, prosegue, deve come tale manifestarsi,

(1) Hegel. *Filos del diritto* XCIX.
(2) *Filosof. del diritto* XCI.

cioè come violabile. Il fatto del delitto non è un primo positivo del quale la pena fosse solamente la negazione, ma un negativo; sicchè la pena è *negazione d'una negazione*. Il diritto, concretandosi cancella una tale violazione e con ciò dimostra la sua forza e conserva la sua necessaria esistenza [1].

Il delitto infine non esiste se non nelle individuale volontà dell'offensore. Annullare questa volontà vuol dire restaurare il diritto, annullare il delitto.

Le conseguenze pratiche di tale dottrina, che noi qui intendiamo solo di accennare, portano alla ferocia: non è quindi a maravigliare se egli lamenti la decadenza del diritto penale, come se ne rammaricava anche il Gioberti [2], oggi che più è in onore tale studio (se pure non vuol dirsi che oggi soltanto è in onore); oggi che la scienza ha bandito, senza scapito dell'ordine sociale, quei mezzi infami di tortura e di repressione che l'antica ignoranza aveva immaginati e sanciti.

Questa teorica che nel linguaggio come nel metodo è egheliana, partecipa di quel sistema che pone in Dio progressivo la unità dell'essere e del nulla.

E vero, il delitto è fatto negativo; è negazione della morale e del diritto, della ragione finale dell'uomo. Ma la pena non viola niente affetto questo nulla, il delitto; potrebbe parere che lo distruggesse, allorchè rendesse l'esercizio di quel diritto naturale che il delitto violò, il che non è in potere della pena di conseguire.

Ma dacchè la pena attacca la *persona* dell'*offensore* (e in ciò la pena consiste), e non l'atto di lui, l'azione si sposta allora non si viola più un nulla (e non ci è dato concepire la violenza contro un nulla), ma si toglie ad una persona lo esercizio di un diritto perchè questa lo violò in altrui, non si ha più la negazione di una negazione. Per operarla, per annullare gli effetti dell'azione delittuosa bisognerebbe che nell'*offeso* si operasse una *restaurazione*.

Ma la pena, si potrebbe dire, con lo esempio rassicura la società; dunque annulla gli effetti del delitto.

Niun dubbio, ma annulla appunto gli *effetti* del delitto e non l'*azione* delittuosa che è un fatto irrevocabile: nè all'Hegel è lecito confondere la causa con gli effetti della causa per

(1) *Ibid* XVI.
(2) *Introd. allo stud. della Fil.* L. 10 111, 11.

giungere a falsissima conclusione E, a parlar con proprietà, non è la pena che rassicura, la pena non è che un *male* su un individuo; sono le *conseguenze* di essa (intimidazione di tutti) che neutralizzano le *conseguenze* del delitto.

Nella società adunque resta così la coscienza del fatto immorale e delittuoso come la coscienza della pena coi suoi dolori: sono due forze che si collidono: l'attrattiva del piacere che il delitto procura e la repugnanza eccitata dalla pena. Al di sopra di essi esistono intangibili e superiori ad ogni compensazione di piaceri e di dolori sensibili, la morale e il diritto, che non sono mai *violabili*, non essendo la frase violare le morale, il diritto astratto, se non una metafora. Conseguentemente, la negazione della negazione dell'Hegel, nonostante gli sforzi del suo sistema che vuole ammettere le contradizioni nello Assoluto, si opera solo nell'ordine delle cose finite; e la sua dottrina in sostanza si riduce alla teorica della spinta e controspinta, annunciata con parole pompose e magnificata con frasi da far raccapricciare il lettore.

Ma nell'ordine delle cose finite, il delitto, sebbene talora possa essere costituito da un omissione, è sempre un fatto, e appunto perchè quel fatto si *afferma*, non si nega, se ne tien conto, si ricorre alla pena che non vale a negarlo, a distruggerlo, ma produce un altro fatto che è una specie di antidoto.

Partecipe dell'Assoluto, la pena è pel pensatore tedesco un bene anzi che un male: un bene per tutti, ed è perfino un diritto del reo « perchè ciò torna a suo onore com'essere ra« gionevole; e un tale onore gli vien negato ogni qualvolta « viene trattato come nocivo animale che sia da ridursi ad uno « stato d'impotenza a produrre il male o come mezzo di terrore « o di miglioramento (1. »

Ei rigetta il principio del taglione preso nella sua formula materiale ed anche nelle analogie, perchè mancante di quella generalità che vuolsi sempre rinvenire nella pena. Conseguente al suo principio, nega la giustizia delle istituzioni di reati perseguibili a querela di parte.

Con Pellegrino Rossi cominciano quelle scuole che contemperano il loro principio assoluto colle convenienze sociali

(1, XCVII.

V.

Se la pena non scendesse da un principio assoluto, sarebbe per Pellegrino Rossi un fatto senza moralità; la necessità non varrebbe a giustificarla

Giudicata la natura dell'uomo, della società dello Stato, dopo avere con alta mente criticati i varii sistemi di diritto penale [1], argomenta con metodo psicologico a un tempo ed ontologico.

Primo dovere della società è degli individui è l'educazione, la quale rientra nel dovere del perfezionamento di se [2]; ma ove questi mezzi presentivi fossero insufficienti, non resta se non la pena. Data la giustizia del potere sociale, datogli il fine di tutelare l'ordine, egli riconosce la legittimità di quel mezzo che consiste nella minaccia di retribuire con misura il male col male

Scopo principale della pena è far giustizia, procurare l'espiazione del delitto: questo però nei limiti dei bisogni sociali, niente di più Con la pena si raggiungono altri scopi secondarii: l'avvertimento, la intimidazione, la emenda [3].

Il principio intrinseco della giustizia è reso manifesto dalla esistenza dell'ordine morale [4] pel quale gli uomini possono violare o obbedire le leggi dell'ordine. Indi nasce il merito e il demerito e si ha la giustizia che riconosce a ricompensa le azioni buone a punisce le malvagie nella misura del bene o del male operato.

Da questa felice alleanza dei varii principj, come si vede, si riporta il diritto penale un po'più verso le umanità; l'eccesso inutile delle pene vien condannato, persuasa la mitezza

Ma il principio fondamentale di questa dottrina è accettabile?

VI.

Nelle sue lettera al Prof P. S. Mancini sulla origine del diritto di punire il Conte Terenzio Mamiani espose tali dot-

(1) *Droit Penal* Introd. L. 1. c III, 11.
(2) Introd. C 1. II, T. 1, 17.
(3) Parte III, 2, 3, 4, 5.
(4) L. 1, 3.

trine che gli valsero per parte del Gioberti il titolo di restauratore degli studj penali [1].

Attingendo anch'egli il suo principio fondamentale all' assoluta giustizia, ba questo di particolare, che torna a confondere in uno il diritto e la morale contro una divisione fin qui praticata, ma che è a suo avviso una sottigliezza scolastica trovata per comodo degli studj analitici. asserzione che a confutarla basta l'osservare che mentre la morale esercita un azione solo interne e sulla coscienza, il diritto, rivolgendosi alle natura ideale e sensibile dell'uomo, ha un azione interna ad un tempo ed esterna.

L'illustre filosofo ritrae la sua dottrina sulla pena dai seguenti sei corollarii.

I. Il bene assoluto è insieme bontà assoluta e illimatata: in esso stanno tutte le maniere di beni. II. L'universo è ordinato alla massima partecipazione del bene assoluto, secondo la capacità e la finitezza peculiare di ciascun essere. Tale ordinata corrispondenza dei mezzi al fine, pensata e voluta da Dio, compone l'ordine morale supremo III. Gli esseri intelligenti ed imputabili hanno dovere di operare il bene. IV. Tali esseri fanno il bene conformandosi all'ordine, e il male non conformandosi. V. Tutti i giudizj delle mente infusi o prodotti che rivelano alcuna norma di operare conforme all'ordine, costituiscono un precetto morale e con esso le obbligazione di seguirlo.

Ogni convivenza regolare umana ed ogni legittima forma di diritto fanno parte dell'ordine morale e superiore e del diritto ideale eterno. Condizione massima dell'ordine eterno si è l'equa retribuzione dei beni e dei mali: e di qui sorge la nazione insita in ogni cuore della giustizia, la quale deve definirsi: una dispensazione autorevole di beni e di mali adeguata al merito e al demerito delle opere: indi l'assioma VI.° il bene riscuote il bene, il male il male.

« La dimostrazione, prosegue, è siffatta. »

« Se il male riscuotesse il bene o andasse impunito, l'or-« dine morale supremo sarebbe rotto e sconvolto. La legge « morale, scritta nel cuore dell'uomo, e in qualunque altra ma-« niere espressa, diverrebbe, rispetto al suo trasgressore, vana, « contraditoria ed ingannatrice.

« E perchè l'uomo non può seguitare il male sotto un ap-

(1) Gioberti *Del Buono*. Prefaz.

« parenza mendace di bene, santo è l'ufficio della umana giu-« stizia, mostrando con la sua opera la falsità di quella apparenza, « e la irrefragabile certezza della sanzione della legge; la quale « sanzione tanto più indugia e si nasconde agli occhi infermi « dell'uomo, tanto sembra perdere di efficacia, e muove a du-« bitare delle verità suggerite dalla coscienza. »

Consiglia anch'egli il taglione giuridico.

Il limite poi della giustizia è nella convenienza Se lo adempimento della giustizia producesse o più danno o altrettanto di quello a cui vuolsi evitare, è debito astenersi, « conciosiachè le « azioni morali, come parte dell'ordine debbano con tutto « l'ordine armonizzare: e l'un precetto con l'altro, l'un prin-« cipio con l'altro procedere accordatamente Ed avvi appunto « una legge morale che dice: Sopporta i mali minori onde i « maggiori non accadano, e più brevemente, tra due mali scegli « il minore. »

VII.

I sistemi che basano la pena sopra una sociale necessità compongono una sola famiglia Bentham, Romagnosi Beccaria, Feuerbach, Boehmer partono dal medesimo punto: le varietà sono solo soltanto nel metodo e nello esplicamento del principio (1).

In Italia, mercè l'indole pratica del genio latino, questa è la teorica che contò, più seguaci. Le menti riposarono tranquillamente in quel principio e ne hanno studiate le applicazioni con sì felice resultato, che la patria nostra fu giustamente chiamata la patria del diritto penale

La scissione comincia là ove nella pena voglionsi introdurre nuovi elementi, sia come ausiliari, sia come limitativi Beccaria, per esempio, il Carmignani e la presente scuola toscana della quale è capo e maestro il Prof Francesco Carrara, pongono la giustizia come limite al principio della necessità. Altri di questo limite non vollero tener conto, facendo della necessità sociale il limite a se stessa.

Alle dottrine di coloro che derivarono la pena e il diritto di punire da una convenzione sociale, argomentando piuttosto da un fatto che da un principio ideale potrebbe diedirsi il ti-

(1) Rossi. *Droit pen.* L. I, Cap 3.

tolo di sistemi razionali, nulla provando per se stesso quel preteso patto sociale del quale bisognerebbe addurre la ragione, e che in ogni caso non obbligherebbe i futuri.

Però lo stesso Rousseau, vulgatore principale degl' insegnamenti della scuola dell'*jus naturae*, derivava la legittimità della pena dal patto sociale come istituto giuridico, e poneva nella *necessità della conservazione* la ragione della pena e la sua giustizia (1). E a questa dottrina si conforma in parte quella del Fichte, il quale, consentaneo al suo sistema soggettivo, pone la convenzione per titolo giuridico, sebbene la pena faccia discendere dalla legge generale d'integrità.

VIII.

Geremia Bentham contro il quale tanti filosofi fanno il segno della croce, e buon per essi se seguissero sempre le conseguenze della sua dottrina! Il Bentham che alieno dal materialismo assai più che il metodo da lui adoperato noi farebbe pensare, è stato una delle menti più sintetiche del suo tempo, avendo preparato il lavoro per quella maggior possibile conciliazione tra l'utile e l'onesto cui tende lo spirito umano, pone nell'utile la ragion d'essere della pena, avente per fine le prevenzione dei delitti mediante la intimidazione.

La pena è un *male*, non si perita in dirlo l'autore, che devesi considerare come una *spesa* in vista d'un profitto, la prevenzione.

Compito del legislatore, accaduto un delitto, deve essere lo impedimento d'altri reati, e la riparazione, per quanto è possibile del male cagionato.

La prevenzione è *particolare* in quanto si applica al delinquente, togliendogli il potere di commettere nuovi delitti, o facendogliene perdere il desiderio, o togliendogliene l'audacia.

La prevenzione *generale*, che è principal fine della pena e la sue ragione giustificativa, si ha nello esempio. Senza questo vantaggio preventivo la pena sarebbe una para perdita, un danno aggiunto ad un altro, un male senza resultato proficuo (2).

(1) *Contr. social.* Pag. 46 Edit. Parigi Firmin Didot.
(2) *Theorie des peines et des recompenses.*

IX.

La dottrina della controspinta criminale non è sostanzialmente diversa dalla teorica di Bentham. È la difesa indiretta, presa per analogia dalla difesa individuale, ed è in sommo grado matematica, come lo ingegno del Romagnosi. La ragione della pena è la necessità [1], che non è il diritto del più forte; consiste anzi nel non lasciar preponderare lo esercizio della forza sulle moralità; onde segue nell' offeso una *superiorità di diritto* sull' offensore, per toglierglì il mezzo di nuocere. Da ciò questa legge:

1° Necessità inevitabile di offendere per difendersi.

2° Diminuzione dello altrui benessere minimo possibile.

In questi due postulati sono gl' immutabili principj che danno l' essere, e dirigono il diritto della difesa.

Ma la pena è sempre un *male*. Questo non può esser necessario per la difesa individuale una volta che, supponiamo, l' omicidio è avvenuto. Dunque pel passato il delinquente non è punibile: è mestieri rivolgersi allo avvenire, ed una volta che è dimostrato che certamente un male avverrebbe ove il reato fosse lasciato impunito, in tal caso solamente sarà da comminarsi la pena, appunto perchè necessaria. Dalla aggregazione degli individui, dalla società, fatto necessario, si genera il diritto di difesa sociale, ossia il diritto penale che può esser definito: un diritto di abituale difesa contro una minaccia permanente, nato dalla ingenita intemperanza [2]. Ingiusta sarebbe la pena se si avesse la certezza che più non accaderebbero delitti.

Dal diritto nella civile società di respingere l' offensore e di distruggerlo, non deriva nel delinquente la perdita del *dovere di conservarsi*, com' è evidente, perchè un atto ingiusto non può sciogliere veruno da un obbligo che ha [3]. Conseguentemente il reo pel suo delitto non perde il diritto alla vita, ma solo il *diritto di essere rispettato* dalla società, e da quella che è interessata a punirlo, e soltanto proporzionalmente a quello che richiedesi per la sicurezza di lei.

(1) Genesi del diritto penale 25.
(2) *Ibid.* 272.
(3) *Ibid.* 2..

Quanto alla misura, la forza repellente della pena deve vincere la forza impellente del delitto; senza di che difesa non vi sarebbe. E la pena dev' essere *giusta* nel soggetto, non colpire cioè se non le azioni od omissioni che violano un perfetto dovere sociale; *necessaria* nel suo motivo, *moderata* nella sua azione, vale a dire non peccante ne per eccesso ne per difetto, *prudente* nella sua economia, non dovendo provocare un male maggiore volendo allontanare un male minore; *certa* per quanto si può nella sua esecuzione, cioè non lasciare impunità.

X.

La scuola toscana, così chiamata non perchè sia circoscritta nei limiti delle provincie toscane, ma perchè quivi ebbe i principali maestri, segue le teoriche del Beccaria dispogliate di ciò che di fittizio vi recarono le opinioni del secolo XVIII, e svilupate conformemente ai principj razionali. Nei libri del Carmignani e del Prof. Carrara si trova posta in miglior luce.

Questa scuola eclettica non nega il principio della giustizia nè quello della utilità e necessità; di questo fa il fondamento di quello il limite.

Non dalla espiazione argomenta la pena, perchè l'uomo non può usurpare gli attributi di Dio, tanto per gli errori e le imperfezioni degli umani giudizj, quanto per la imperfezione stessa delle pene. La pena deve essere coordinata ad un fine, e questo è l'ordine sociale da Dio stabilito. Ove la conservazione dell' ordine sociale non richiedesse la pena, sarebbe colpa l'irrogarla.

Se si badasse alla sola utilità, soventi volte, e in certi tempi, gioverebbe punire certi reati maggiormente di quello che meriti il fallo commesso: ciò sarebbe contro la giustizia, nè va fatto: onde il principio di quella scuola può riassumersi in questo « La società non ha diritto di punire per far giustizia; solo per la conservazione dell' ordine esterno. ma punendo non deve mai, e per quanto utile possa ritrarne, oltrepassare i limiti del giusto »

Il principio della necessità della sanzione ultima dell'ordine, *del mantenimento dello stato di diritto*; tanto è evidente che niuno osò contradirlo. Se noi, si dice, tuttavia prendessimo la teorica del Bentham o del Romagnosi come criterio esclusivo, potremmo agevolmente eccedere: saremmo trascinati a

punire anche l'innocente, ove ci se ne additasse la necessità; a punire i più piccoli reati egualmente che i più grandi quando veramente siffatte pene ci recassero profitto.

Persuasa della efficacia di tali ragionamenti, la scuola disse: Si lasci ogni rea azione al biasimo che merita e alla giustizia di Dio; si punisca in società solo in quanto è necessario; ma non si punisca mai più di quello che giustizia comporti.

Questa dottrina, come si vede, è la inversione di quella del Rosai: ma i risultati devono essere identici in pratica: partendo da un punto diverso le due dottrine seguono lo stesso cammino.

XI.

I. Nella dottrina di Emanuele Kant, posta in luce la vera natura del diritto, e la sua distinzione dal bene oggetto della libera attività dell'uomo, si ha posta la formula quel sia azione punibile nel criterio se questa divenne o no incompatibile con la libertà di tutti. Indi apparisce, come è evidente, la necessità di ben chiarire quello che sia il delitto, ossia quel fatto cui deve corrispondere la pena, e questo forma il *primo* quesito del diritto penale.

La pena inoltre, dice Kant, deve esser fine a se stessa; altrimenti repugnerebbe alla natura umana, che partecipe dello assoluto, non può altrui servire di mezzo.

La verità del sistema di Kant si fonda adunque tutta sulla verità della seguente proposizione: Il male merita il male, come il bene il bene. L'esame di questa proposizione costituisce il *secondo* problema fondamentale del diritto penale.

II. La teorica dell'Hegel ci appare destituita di finalità, in quanto coglie la pena soltanto nel suo momento presente, in quanto cioè cancella il male fatto del delitto con una nuova negazione.

Se non vuolsi avvisare a quei mezzi onde l'ordine sociale può esser mantenuto, a quale scopo la pena per quel delitto che l'autore confessa essere un nulla, non potendo il delitto alterare l'Assoluto, essendo un vano sforzo della imbecillità umana? A qual fine una restaurazione, non che la negazione d'una negazione che è l'inconcepibile? Checchè ne dica l'Hegel, l'Assoluto, Iddio, non ha bisogno dei nostri carnefici per non negare se stesso. La pena può, è vero, impedire che

coloro che ne sono spettatori deviino dal cammino del loro perfezionamento: ma di questo non cura l' Hegel, cui non cale delle conseguenze della pena, siano proficue o nocive per gli uomini.

Quella dottrina è vittima del sistema filosofico dell' autore.

Il diritto nel sistema egheliano si identifica coll'Assoluto, col Bene: la pena è un diritto del reo: dunque essa è un bene pel reo stesso. Il filosofo non esita a dirlo, e, a differenza dei partigiani della teorica di giustizia, fa della pena un bene non solo nei risultati, ma in se stesso; quindi non può concepire l' applicazione della regola il male merita il male. Vero è che non può concepirsi un bene che consiste in una negazione, e nella negazione di se stesso senza nessun profitto per altrui.

Ora il senso comune dell' umanità protesta contro la sentenza del filosofo, per lo meno quanto vi protesta il significato delle parole; pena e benefizio non furono mai presi per sinonimi, comecchè la pena possa produrre vantaggiosi risultati. Mai si videro istituire tribunali per accogliere le querele dei delinquenti, e per far condonare la società e i poteri sociali che si ostinavano a grazierli o ad assolverli, ad ammettere la prescrizione, le querele private come motrici dell' azione penale, le conciliazioni ed altri ostacoli alla pena; e il senso comune delle umanità val meglio del sofisma del filosofo.

III. La dottrina del Rossi è la più perfettamente organata: evita i difetti delle teoriche di giustizia, abbraccia l' ordine oggettivo e il soggettivo, l' ideale e il sensibile, non è soggetta ad eccessi: ammirabile soprattutto per la sua unità ideale che fa del diritto punitivo una propria e vera scienza. Se non che arguisce la verità del problema fondamentale tuttora insoluto. È egli giusto che il male meriti il male?

IV. Il Mamiani professa le medesime dottrine fondamentali del Rossi, comecchè le deduzioni filosofiche seguano altra via. Sennonchè egli sembra avvicinarsi alquanto all' Hegel allorquando, sebbene abbia detto la pena partire dal principio il male merita il male, fa della pena una benefica correttrice e moralizzatrice del reo, poichè rifà e ritempra l'animo di lui.

La quale proposizione è vera e falsa ad un tempo secondo il concetto che si ha della pena, che non vedo dall'Autore punto determinato. Se la pena è correzione, nulla così giusto, ma se nella pena vi ha di più, ed è provata la necessità di questo di più; se nella pena vi è un male, estraneo alla correzione, la quale sarebbe sempre un bene, un male che produca la ri-

pugnanza, l' esemplarità, lo spavento, ed è questa la parte più efficace, la più rilevante della pena; darle la sola apparenza di un' emenda non è generare tale confusione di linguaggio da rendere impossibile il capirsi?

Inoltre i due filosofi italiani che assumendo per base la morale espiazione pongono la imputabilità dell'azione tutta nello animo del delinquente, perchè, com' è ragionevole, non pesano sulla loro bilancia eziandio tutte quelle modificazioni che nell' animo del delinquente possono intervenire? Non solo i varii gradi del dolo, chè ciò si fa da tutti, ma anche il pentimento? Non ci danno la storia e la religione copiosissimi esempj di uomini divenuti onesti e santi dopo un delitto al quale immediatamente successe il rimorso rigeneratore, mentre dapprima per infiniti altri falli non giungeva loro il pentimento? Perchè costoro non tengon conto della sinderesi nel calcolo della quantità della espiazione?

Prendiamo un esempio verosimile e commovente dal Manzoni e la nostra tesi sarà meglio spiegata.

L' Innominato viveva di delitti, non v' era reato che non avesse commesso, la sua casa era come un' officina di mandati sanguinosi. Una povera fanciulla da lui rapita per serbarla alle libidini d' un potente amico, pone i primi germi d' una conversione aiutata dalla parola d' un Santo Vescovo. Chi leggendo quelle pagine non si sentì strappare le lagrime, e non si sentì preso d' amore per il pentito quasi più che per lo stupendo carattere del Borromeo? Ebbene, supponga chi invece di fare quello che fa nel romanzo, l' Innominato, anche senza aver commessi altri delitti, andato a trovar Lucia l' avesse schernita, incontratosi per caso col Borromeo, che era venuto a parlargli di Dio, gli avesse consigliato a badare ai fatti suoi ec., come dicevasi allora, non voleva reputarsi tisico in terzo grado. Suppongasi parimente che poco dopo un forte governo si fosse stabilito in Lombardia che non avesse paventato d' irritare i piccoli tiranni. L' Innominato è chiamato a render conto: l' Innominato che ha dato Lucia a Don Rodrigo, che ha minacciato il Cardinale, che è bestemmiatore di Dio, che continua con la sua impunità lo spavento sociale, è punito, secondo il Rossi partigiano della espiazione, quanto l' Innominato che ripara il fallo, che rilascia Lucia, la fa accompagnare secura a casa, la difende da Don Rodrigo, e che, tornato al Castello, aduna i suoi scherani, ritira tutti gli ordini scellerati, e vuole che mutino vita, e riesce

che molti di essi si adattino a fare i galantuomini. È giustizia questa? Se si pon mente alla espiazione come criterio della pena, bisogna punire diversamente od assolvere chi si è lavato col pentimento. Non è il pentimento, come dice una favola poetica, il più bel fiore che dalla terra si levi verso il cielo?

Si punisca, se si vuole, tanto il pentito quanto l'impenitente se l'ordine sociale lo esige, se una ferrea necessità che rilascia a Dio il giusto giudizio delle azioni degli uomini ci costringe a farlo; ma non si ammanti la pena d'una pretesa espiazione che, senza dir altro, è insufficiente a tutelare la società; è impossibile a misurarsi esattamente, e impossibile ad ottenersi coi mezzi umani.

Tanto sono giusti questi riflessi, che anche molti di coloro che ammettono la massima il male meritare il male, non vollero fondare la pena sulla espiazione, e si attennero alla necessità della conservazione la quale è criterio assai meno fallace!

V. Istoricamente falsa è la teorica del patto sociale, essendo la società un fatto necessario, e preordinato; in ogni caso quel fatto non avrebbe forza obbligatoria pei futuri. Resterebbe anche a determinarsi se, ripetendo tutto dal consenso, espresso o tacito, potesse l'uomo alienare la propria vita o la propria libertà, per salvare la libertà di tutti. Vien quindi il *terzo* problema: se i diritti fondamentali umani possano essere alienati per opera propria o d'altrui, e per qualsiasi cagione.

VI. Fu rimproverato al Bentham e al Romagnosi e a tutti gli psicologi che, presa la esemplarità per ragione della pena, essa non era giustificata dai vantaggi che poteva produrre.

Fu detto che la pena appare quivi piuttosto come un prodotto della prudenza, anzichè come una istituzione giuridica (1); che si tien poco conto della legge morale e della libertà, e troppo d'una specie d'equilibrio tra i piaceri ed i dolori, togliendo così ogni criterio obbiettivo e assoluto della misura del delitto e della pena, non misurandosi la gravità dell'uno e dell'altra dalla importanza del diritto violato ma dagli stimoli sensibili. Ed anche questi difficili a misurarsi, non agendo i medesimi con egual forza e grado in tutti gli animi (2).

Inoltre, riconoscendo la ragione della pena dalla necessità e la sua misura dagli stimoli a delinquere, calcolando la quantità

(1) Bauer. *Tentativo di una rettificazione della teorica della cosc. psicologica.*

(2) Ibid.

di questi, si assumono criterj non solo troppo subiettivi, ma estranei al delinquente, e che *menomano* la sua imputabilità, come ragione per *accrescerla*.

Così in un popolo dedito per natura e per tradizione alla vendetta, se si piglia per criterio la efficacia preventiva dello esempio o la spinta criminosa senz'altro, si hanno siffatti resultati:

L'individuo vive in mezzo ad una società piena di tradizioni di vendetta, ove la vendetta viene anzi lodata e rivestita di poesia nelle canzoni e nelle popolari tradizioni che eccitano fino il dispregio su chi non si vendica. Ivi l'individuo è manchevole di quello che si potrebbe dire senso sociale — ossia il criterio della verità della specie umana in cui vive — e che nelle persone incolte e di mezzana cultura, quasi supplisce il senso morale proprio, o almeno pesa quasi quanto esso. Costui dunque sarà trasportato agevolmente ad una vendetta che il sentimento erroneo della maggior parte encomierà. Perciò sarà meno imputabile di altri vissuto in mezzo a società più mite, d'un sentimento morale meglio educato.

Ora questo individuo perchè è nato in mezzo ad una società che lo ha pervertito, e perchè tal società è pervertita, invece d'essere qualche poco scusato, sarà invece maggiormente punito

Così del duello. Il legislatore crede necessità impedire il duello: gli stimoli a questo reato sono fortissimi nello individuo, toccando in lui uno dei più nobili sentimenti, l'onore ed uno dei più forti affetti, l'amor proprio. Non basta: la società lo aiuta, lo spinge al delitto, e, a torto se si vuole, ma pur lo biasima e vilipende se non lo commette. Dunque gli stimoli sono fortissimi, la spinta è massima. Eppure a *necessità eguale* di repressione, e con un'altra società ove il duello desta orrore, ove la legge d'onore non lo suole imporre, sarà il duello punito meno, benchè il colpevole, avendo maggiori ostacoli da superare, dimostri un grado maggiore di mala volontà.

Fu detto inoltre che se la necessità giustificasse tutto, basterebbe che uno fosse soltanto creduto reo, benchè tale non fosse, perchè la società fosse autorizzata a dare un esempio. Così il diritto di punire sarebbe sconvolto nelle sue basi, attaccata la giustizia nelle sue fonti.

Tuttavia quest'ultima obiezione non tocca quel principio della necessità che i criminalisti che esaminiamo posero a vero,

ma sempre dopo un *fatto ingiusto*, il quale diminuisca nel colpevole il diritto ad essere rispettato (1) e rende la società autorevole a infiggere quel male che la preservi dalla reiterazione di fatti simili.

VII. La scuola toscana insegnando che per evitare gli inconvenienti che si trovano nella teorica della necessità sociale bisogna porre il principio che è lecito punir meno, ma non mai oltre la espiazione, che si può insomma non far giustizia, se il bisogno sociale non richiegga, ma non mai fare ingiustizia, si è resa ben conto del suo principio? Si ponga per fondamento o per limite, quella proposizione va discussa, e fa d'uopo esaminare se è intrinsecamente vera.

Lo fosse anche, le obiezioni che si rivolgono contro il sistema della espiazione per la imperfetta misura di essa, per le modificazioni che per avventure potrebbe portarvi il pentimento, sono applicabili anche a questa scuola.

Le giustizia pone il limite, si dice: me, a qual punto la giustizia dice alla pena: non più oltre?

Obbiettivamente poi come può concepirsi un sistema scientifico che ha per base il relativo per limite lo assoluto? Qual è il principio, poichè fa d'uopo trovarlo, in cui l'uno e l'altro si uniscono?

Il Prof. Mancini crede aver trovato questo punto di conciliazione nella umana personalità, cui serve il diritto penale, e che racchiude in sè l'elemento sensibile e l'elemento morale.

Sennonchè si potrebbe rispondere: essendo la umana personalità costituita per la parte morale dell'uomo cui le parte sensibile riesce di mezzo, di cui è ancella, perchè non fondare la pena addirittura sulla parte assoluta dell'uomo? Questo è lasciare il problema sempre un problema, conciossiachè la controversia sulla giustizia della pena si genera appunto dalla coesistenza nell'uomo della natura infinita e della finita, coesistenza che è cagione del debito, che generalmente consiste in porre la natura sensibile contro la natura infinita.

Or quindi, affermare la giustizia di una cosa affermando la esistenza della cosa che è cagione della controversia, non è risolvere la questione, ma, effettuamoci a dirlo, è porla nei suoi vari termini.

(1) Romagnosi *Genesi della pena* Parte I. Cap. XVIII. Bentham loco citato. V. Difesa del Feuerbach nel Bauer, loco citato.

VIII La correzione dei delinquenti è la cosa più desiderata; la vogliono coloro che professano la espiazione come coloro che si attengono al solo criterio della utilità. La emenda giova tanto alla società quanto all'individuo, ma è essa sufficiente a tutelare la società?

Dapprima, quanto al reo, segni per riconoscere il vero da un simulato pentimento non vi sono; vi fossero anche, la pena non deve soltanto impedire che il reo torni a peccare, ma tutti gli altri male inclinati deve frenare.

È eriandio da aggiungere che coloro che stanno per la emenda, ecesi alle applicazioni, ben poco differiscono da coloro che professano la espiazione, e chiamano correzione, con poca discrezione per certo, l'ergastolo, la casa di forza etc. È indubitato che con lo isolamento e il lavoro si procura il raddrizzamento delle malvagie volontà dei delinquenti; ma questo scopo correttivo rientra in tutti gli altri sistemi punitivi, con la differenza che là si chiama addirittura pena quell'azione repressiva che altri con pietose parole si ostina a chiamare emenda.

XII.

Dicono delitto i pratici ogni violazione della legge che tutela la sicurezza dei cittadini. Siffatta definizione è insufficiente pel filosofo cui giova indagare l'indole della legge tutrice della sicurezza della città, e che, violata, dà origine al delitto.

La distinzione tra delitto, e non delitto riposa sulla distinzione tra diritto pubblico e privato, corrispondenti questo al fine degl'individui, quello al fine della società.

Il diritto privato compongono tutte quelle regole e norme di vita con le quali l'individuo sociale può conseguire il proprio miglioramento; il diritto pubblico tutte quelle norme di vita con le quali lo Stato può conseguire il fine della società che giuridicamente rappresenta.

Il diritto penale deve far parte del pubblico, dacchè la violazione di un diritto altrui non entra nel concetto dell'attività dei particolari ee non in quanto riguarda il rifacimento del danno: In quanto mette in pericolo l'ordine sociale, scema la pubblica tranquillità, la offesa è diretta contro l'intero corpo sociale, e la repressione è pubblico ufficio.

Queste sono cose per sè evidentissime. Ma la divisione tra

giure privato e giure pubblico essendo nel punto fin dove può giungere l'attività degl'individui, la distinzione parimente tra quelle azioni biasimevoli che non sono delitti e quelle che possono tra i delitti annoverarsi, si avrà nel limite di quella, dovendosi soltanto chiamar delitto quella illecita azione cui non vale ad impedire la ordinaria potenza dei privati.

Questo criterio della privata difesa, come limite alla pubblica, è per nostro avviso il più retto, e facilmente è valutabile. La legge non deve esigere dai cittadini se non una ordinaria prudenza; questa valutata, qual timore, quale spavento può suscitare nella società un'azione, malvagia sì, ma della quale ogni cittadino può dire: se sarò cauto non mi toccherà? Quest'azione rimane circoscritta tra gl'individui che attacca, nè si stende più in là, sarà oggetto dell'azione civile non mai della pubblica.

Ecco adunque la impossibilità di determinare *a priori* il dalitto. Esso non può esser determinato che dalla esperienza, dallo esame cioè del complesso delle condizioni individuali a sociali e religiose d'un popolo.

XIII.

« Un uomo è accusato d'un delitto; è provato reo, è con-« dannato ad una pena equa. Il giudizio è legittimo, la condan-« na è giusta. Ecco due punti sui quali il genere umano è « d'accordo. *Pellegrino Rossi* TRAITÉ DE DROIT PENAL.

« Un adempitore d'una divina missione insegna con la pa-« role e con l'esempio la perfetta morale; viene a portare la « pace all'umanità, a persuadere la spirituale perfezione. È « male inteso, invidiato, calunniato, accusato, tradito, schernito « Costretto a portare egli stesso lo strumento della sua morte, « salendo il Calvario, prega il padre celeste affinchè perdoni « ai suoi persecutori. Gli è offerto fiele e aceto per dissetarsi, « è schernito, percosso, crocifisso in mezzo a due ladroni. Egli, « spira gridando — Padre perdona a costoro che non sanno « quello che fanno — Diciotto secoli lo ammirano: pei cre-« denti è un Dio, pei non credenti l'uomo giusto e grande; « tutti lo amano, tutti veggono in quel che perdono la legge mo-« rale assoluta. Ecco un punto su cui il genere umano si trova

« d'accordo: ecco un giudizio che, per lo meno, meriterà « d'esser contrapposto a quello del Rossi ».

Nè si opponga che era un Dio colui che perdonava; il perdono fu ritrovato assolutamente buono: la verità che conosciamo noi non è se non un aspetto del vero infinito, di Dio. Non bastasse l'esempio, potremmo addurre storie profane. Il perdono è sempre imposto ai privati a coloro che hanno la potestà punitrice e buono il perdonare, l'esercitare la grazia, purchè un esempio d'impunità non produca mali maggiori. Vediamo questa verità rivelata fino dall'Arte: allorquando in un dramma un uomo potente che ha in sua balìa la vendetta o la potestà punitrice, mosso da generosità, perdona, noi vediamo gli spettatori levarsi in applausi, alzati per un momento dall'ingegno del poeta a contemplare il vero ideale in tutta la sua luce e la sua bellezza, presi da quella frenesia che Platone diceva gli uomini provare allorchè contemplano Iddio.

Anche questo argomento, indiretto e secondario, se vuolsi, varrà a provare almeno che pur è qualche cosa nell'animo degli uomini che grida contro l'espiazione, quanto contro la vendetta.

Tutti gli autori delle teoriche della giustizia o dottrine affini pongono il loro assioma — il male merita il male — con tale una disinvoltura che, non fosse altro, dimostra poca reverenza verso coloro che sdegnarono farne il principio fondamentale della scienza, e andarono a pescarlo Dio sa dove, mentre questo aveva il pregio d'essere assoluto.

Qual'è il valore di quella formula che tuttodì si ode ripetere?

Non ci è consentito inoltrarci in questa ricerca senza prima brevemente accennare che sia il bene.

Noi non concepiamo se non un solo Bene, essendo tutte le altre distinzioni per comodo della mente nostra: bene può dirsi la pienezza dell'essere, cioè la mancanza dei limiti d'incapacità, d'impotenza, le quali sono qualità negative: può quindi dirsi coi filosofi, (e presto scenderemo all'applicazione) bene è l'essere, male il non essere.

Tutti gli esseri capaci di volere tendono all'incremento loro: quindi la più universale delle leggi di costoro è la tendenza al miglioramento, che con vocabolo moderno si chiama progresso.

Queste legge di aspirazione del finito verso l'Infinito fu

scoperta appena ebbesi qualche coscienza dello Assoluto, e se non fu chiamata col vocabolo che oggi è in uso, per mancanza d'un concetto ben determinato della finalità, (1) fu tuttavia ravvisata nelle antiche religioni, finchè fu in chiarissima luce posta dal cristianesimo nella carità, essendo questo un amore di Dio in sè e nei suoi simili, una traduzione del precetto evangelico « siate perfetti come il Padre vostro è perfetto.

L'ostacolo al nostro miglioramento principalmente consistendo nelle nostre facoltà viziate e imperfette, fu detto eziandio *bene avente ragione di mezzo*, ciò che serve a togliere i limiti delle nostre facoltà: quindi bene è per noi l'aumento del sapere, della educazione morale, della felicità, in modo armonico e conforme ai principj della eterna ragione.

Inoltre l'individuo non vive della sola sua vita, ma eziandio di quella della specie: egli deve quindi procurare non solo il proprio incremento (chè non lo potrebbe isolatamente) ma eziandio quello della sua specie.

Consegnentemente, compito di tutti verso tutti e verso se stessi, in ordino alla eterna ragione, dovrebbe essere: ad ogni deficienza un aumento: per la ignoranza (difetto dello intelletto) istruzione, per la immoralità (difetto della volontà), educazione morale, per la infelicità (difetto del sentimento), la felicita, il benessere. Sono siffatte massime tutti dati del senso comune, se il male non esiste per sè, ma solo è una mancanza di bene, come le tenebre non esistono, ma solo può mancare la luce, così noi non vediamo altro rimedio contro le tenebre se non la luce, altro rimedio contro il male se non nel bene: ripugna quindi udire che il male merita il male. Questa massima è ontologicamente assurda quanto è immorale.

Analizzando cotesta massima che d'altra parte, essendo così volgare e così praticata, doveva avere la sua ragion d'essere, noi vi ravvisiamo una idea e un sentimento i quali le diedero origine.

Posto l'uomo nella lotta tra un bene finito e un bene infinito, ossia tra l'apparenza d'un bene in cui l'anima si trastulla, per dirla col maggior poeta, e Dio, l'uomo ha scelto il finito, ha commesso un azione malvagia: si ha quindi, e prima di tutto, quella che chiamasi pena della natura, sanzione naturale, il rimorso. Ma che è il rimorso? Rimorso non è pena

(1) *Mamiani* Confessioni.

nel senso di *un' azione dolorosa contrapposta ad un' altra azione malvagia*, esso è una percezione rimorso e coscienza della propria degradazione, della propria maggior limitazione. Il reo poteva scegliere il bene, verso cui è per sua gloria destinato; cedendo agli stimoli della natura sensitiva, seguendo una falsa immagine di bene, scelse il suo contrario. Egli *si vede* quindi allontanato dal bene oggettivo, quello in cui sarebbesi compiaciuto, mentre non afferrò che un fantasma: si sente abbassato, mentre poteva elevarsi. Quindi il *dolore* che deriva dalla coscienza di questo stato.

Esso non ha dunque il carattere d' un male posteriormente inflitto con un azione diversa, non ha il carattere di pena nel senso volgare della parola, essendo il delitto o la colpa al tempo istesso una pena.

L' azione malvagia non solamente nuoce al suo autore, ma può nuocere anche altrui, può arrecare un dolore, può offendere un diritto naturale.

Da ciò nasce un' altra specie di male per lo individuo in quanto fa parte della società. Offendendola, offese sè stesso, degradò la sua specie: anche questa è pena, ma *non è ontologicamente separata dal delitto.*

Ma nella legislazione delitto e pena sono cose al distinte, essendo la pena un' azione separata e indipendente, che si hanno i concetti d' impunità e di grazia. Questo in natura non avviene.

Quella formula è, dicemmo, anche l' espressione d' un sentimento.

All' annunzio di un atroce delitto, il sentimento di conservazione, stimola ad opere; si sente il bisogno d' una difesa e d' una vendetta, si chiede la punizione del reo. Se questo sentimento non è mitigato dal suo contrario, la commiserazione, gli spettatori del delitto sono spesso trascinati a commettere una repressione forse più dannose per l'ordine sociale dell' azione delittuosa. Operandola, stimolati in tal guisa dal sentimento, si crede vedere una massime delle ragione in quella formula e si grida: il male merita il male (1).

(1) Le principe general de nos prejuges c' est que nous ne distinguons pas entre *connaître et sentir*, et qu' on lieu de juger des choses par les idees qui les représentent, nous en jugeons par les sentiments que nous en avons

MALEBRANCHE.

Ma indipendentemente da ciò, quella formula, applicata come ragion sociale, non è un portato del senno comune. Il diritto penale non può ammettersi o scusarsi che dopo una lunga serie di ragionamenti: altrimenti sarebbe l'istinto della vendetta.

Il Cristianesimo doveva cancellare anche quell'errore dell'antichità: e se la morale evangelica tanto tardi e così a stento può porre in luce la vera indole della pena, a noi non è dato altra ragione addurre se non questa: che moralmente noi siamo oggi appena nei primi tempi del Cristianesimo, poichè nei primissimi, tale eravi un miscuglio delle credenze antiche con le nuove, del Mosaismo col Vangelo, del Dio delle vendette col Dio che perdona, degli antichi errori con la verità novella, che la morale cristiana come la fede, innestate a quelle antiche opinioni, non potevano, per quanti sforzi la ragione facesse, apparire in tutta la luce loro e bellezza. È lento e pieno d'ostacoli fu il lavoro della coscienza per porre in piena evidenza la verità e la bellezza di quella massima di perdono che il Maestro portò alle ultime conseguenze con un celebre esempio.

Se non fossero stata le idee pagane di una vendetta umana o divina, se non fossero state le solite esagerazioni dei fanatici, non si comprenderebbe come il male avesse potuto proclamarsi qual legge dell'assoluta giustizia. Lo giustifica forse l'essere irrogato dalla società o non dall'individuo? Una delegazione di poteri per eseguirla, può rendere onesta un'azione che non è tale? Vi hanno forse per l'individuo e per il corpo sociale due diverse leggi morali? due diversi criteri di giustizia e di verità per proclamare una massima che le religione condanna e nega la ragione?

Il diritto punitivo non può fondarsi su quella massima.

Un'altra prova irrefragabile ci è finalmente somministrata dalla coscienza. La pena ed i luoghi di pena dove gemono le vittime delle loro colpe furono reputate sempre una trista necessità, ma pur trista. Il desiderio espresso d'ogni gente bennata fu: Volesse Iddio si potesse fare a meno della pena! Non già perchè non ci fossero più delitti, che allora questione non vi sarebbe, ma perchè e spiriti come i nostri immortali, potessero risparmiarsi tanti dolori, e rimetterli col perdono e con la correzione nel sentiero da cui deviarono.

La coscienza stessa dei magistrati che promuovono ed applicano la minaccia legale, finisce di persuaderci. Entrata nella sala d'una Corte d'Assise, un omicida che sparse ovunque il

terrore è sullo scanno dei rei; le prove sono evidenti, l'accusato è confesso, e sul volto di lui si leggono ad un tempo la colpa e la disperazione. I Giurati hanno affermato l'accusa, e sono tristi in volto, come tristi sono i Magistrati e la gente dell'uditorio, un'ora fa irritata dalle deposizioni dei testimonj del misfatto.

L'ufficiale dell'accusa si alza commosso. « La legge è inesorabile, egli dice ai Magistrati; il mio doloroso ufficio mi « spinge a chiedervi che la vita di quel colpevole sia sacrificata per la comune sicurezza. Per risparmiare un colpevole, « sa Iddio, con un esempio d'impunità, quanti innocenti per« derebbero la vita! quante famiglie porremmo nella desola« zione! Non mi regge l'animo nel domandare la morte d'un « mio simile, ma la giustizia sociale me lo impone: l'uomo « geme, ma il magistrato è sicuro ».

Queste sono presso a poco le parole d'uso. Sentite o no dall'individuo che rappresenta il Pubblico Ministero, sono sempre un omaggio reso ad una aspirazione irresistibile della coscienza umana.

Poche parole del difensore finiscono con lo strappare le lagrime agli uditori e ai Giurati non vi ha mestieri d'eloquenza; l'eloquenza è nel fatto. Tutti sarebbero inclinati a perdonare, se la ragione non dimostrasse fatalmente necessaria la pena.

La Corte rientra mesta in volto: si legge la sentenza di morte: la tristezza regna dovunque, e non sai se più mesti ti appaiono i giudici o il reo. Tra un mese quella vita sarà spenta.

Quello che abbiamo detto per la pena di morte, valga in proporzione minore per l'ergastolo a vita, la casa di forza, il carcere e le altre pene.

Ora se la giustizia altro non è che il bene, render male per male secondo i criminalisti che combattiamo, dovrebbe essere far del bene, la cosa più desiderabile in questo mondo.

E perchè non vediamo noi i Giurati bandita la pietà qual sentimento pericoloso, lieti in volto e festosi dare il loro verdetto? L'ufficiale dell'accusa e i Magistrati come a festa? Perchè non udiamo il Ministero Pubblico gridare alla Corte. « Eccovi una buona novella; io vi do l'occasione di fare una bella « cosa: condannate alla galera a vita o alla morte questo col« pevole come vuole la legge. Fatelo, i vostri sonni saranno

« più tranquilli, e ringraziate la Provvidenza che vi fece ese-
« cutori di questa sua legge d'amore ».

Perchè non parlano così i Magistrati? Perchè non esultano, non già d'una gioja volgare, ma di quella intima gioja che secondo i teologi è un saggio della beatitudine divina, e che l'uomo prova nell'aspetto delle verità ideali, nell'adempimento di generose azioni? Perchè l'ufficio di carnefice si ebbe sempre per infame, l'ufficio di carceriere per duro e ripugnante?

Strana giustizia, strano bene in verità è quello che reca dolore e angustia tanto a chi lo fa quanto a chi lo riceve!

Ragioniamo dunque a modo loro cotesti filosofi: più forte di loro è la coscienza di tutti, la stessa coscienza loro.

Anche dalla storia si hanno luminosi esempi che la pena o l'espiazione non furono sempre ritenute un principio d'assoluta giustizia, poichè far grazia ai colpevoli fu ritenuto sempre atto buono e generoso: solo il bisogno della sicurezza sociale renderlo qualche volta imprudente. Gli asili sono una prova del come si giudicasse la pena: erano sacri come la Divinità che li presiedeva. Vi erano le Dee vendicatrici, ma eravi pure le Dee ospitaliere, e queste rappresentavano il principio della ragione ideale, quelle le necessità dell'ordine finito, predominanti e sole considerate nei tempi più barbari. Anche nel Codice Mosaico si hanno a un tempo pene severissime contro i delinquenti e luoghi d'asilo e d'impunità pei medesimi. Oggi non vi sono più asili perchè ci si avvicina generalmente al vero concetto della pena, e si sente ovunque di dover punire il meno possibile. Tanto che se si dovesse fare un paragone storico generale potrebbe forse non esser ravvisato falso questo giudizio: nell'antichità per le azioni malvagie le pene erano la regola, la impunità l'eccezione; oggi la impunità è la regola, ed eccezione la pena; essendo d'uopo di urgentissime necessità sociali per qualificare come delitto un'azione malvagia.

Se il principio della espiazione non può, come ingiusto, essere fondamento della pena, non può esserne il limite, non possono quindi sostenersi quelle dottrine che come limite lo fanno rientrare nella essenza della pena.

XIV.

Immaginarono i filosofi del *patto sociale*, come sopra accennammo, che gli uomini riunendosi in società stabilissero

tra loro una convenzione per la quale coloro che per lo avvenire avessero commesso delitti, meritassero una pena proporzionata. Questo patto che a loro avviso perdura tuttavia pel tacito consentimento degli uomini, è il fondamento della pena e la rende giusta e legittima.

Ma può l'uomo alienare i propri diritti fondamentali?

La questione fu risoluta. L'uomo può scegliere un modo piuttosto che un altro di svolgere le sue facoltà, e obbligarsi con patto (che non implichi lo abbandono di una di quelle facoltà) ad un determinato genere di attività in prò d'altrui, o può eziandio obbligarsi a non esercitare l'attività propria su un determinato campo, quando ciò torni profittevole ad altrui. In questo caso le leggi civili vi danno la loro sanzione, non già nel senso d'impegnarsi a fare eseguire a taluno quello che he stipulato, poiche *nemo potest precise cogi ad factum*, ma costringendo chi manca ai propri doveri a lasciare che chi li stipulò si pagli una proporzionata indennità. I diritti fondamentali però quali sono la libertà l'eguaglianza e la sociabilità sono inalienabili, perchè essi costituiscono l'essenza giuridica umana, la quale alla sua volta rientra nella essenza umana; e di questi diritti che sono a un tempo doveri l'uomo non può per qualsiasi ragione disporre, perchè riconosciuti necessari al conseguimento di quel fine cui l'uomo è destinato per legge superiore alla volontà di lui, che alla volontà di lui non lice alterare. Onde ogni convenzione o contratto per esser legittimo dev'essere uno svolgimento di quelle facoltà; ed ogni contratto che le tolga è illegittimo, è, come dicono i Tedeschi, una negazione della umanità. Quindi è nullo e di niuna efficacia, come quella negazione.

Laonde, supponga si per legittima la pena, il reo non avrebbe il diritto di chiederla, anzi dovrebbe sempre apparire verso di esso come violenza, potendo l'uomo talora rischiare la sua vita e la sua libertà per raggiungere il bene, ma non mai rinunziarvi. La esistenza non è fatto de lui eccitato e da lui dipendente.

Nè questa renunzia alla vita fisica o giuridica può avvenire per qualsiasi fatto che importi una degradazione morale del colpevole, conciossiachè il dovere di conservarsi, essendo il dovere fondamentale, se dopo un delitto il reo perdesse questo, perderebbe insieme tutti gli altri: e l'uomo che commise un primo omicidio non sarebbe più obbligato a rispettare la vita

altrui, l'altrui proprietà, l'altrui fama e così via, tutti doveri che si appoggiano sul primo e fondamentale che è la conservazione di sè stesso. Strano è quindi, per lo meno, il detto di taluni che il delinquente perde il diritto alla vita o alla libertà, quasichè la violazione d'un dovere legittimasse la violazione di un altro dovere [1], quasichè il delitto dispogliasse l'uomo della sua natura [2].

Si oppone da taluni che essendo l'uomo per natura sociale, commettendo un fatto che mette in pericolo la esistenza della società, ed essendo dimostrata la necessità della pena, egli perda il diritto di esser rispettato. Così la pensa anche Romagnosi, ma forse contraddice a stessi principj nei quali la *Genesi del Diritto penale* è stabilita. È vero che l'uomo è destinato alla società, e doveva conoscere la necessità d'una repressione per conservare quella società di cui fa parte, ma sia pur quanto si voglia socievole, egli conserva tuttavia una individualità propria, un fine proprio e distinto da quello della specie, il quale implica doveri, la violazione de' quali, per servirci delle parole di Romagnosi, non sarà giustificata dalla violazione di altri doveri. Per negarlo bisognerebbe dire che l'uomo non vive se non nella specie.

La società adunque, secondo i principj della giustizia assoluta, non può far valere la sua superiorità se non come un *patronato*, legittimo quanto è legittima la superiorità della specie su quella degl' individui: ma patronato è aiuto, sviluppo, miglioramento, assistenza, correzione; non mai distruzione totale o parziale.

Si consideri adunque come a torto facesse l' Hegel della pena un diritto del delinquente. Il delinquente non può aver altro diritto se non a por riparo in quanto può, e senza negarsi, alle conseguenze del proprio fallo e ad operare su se stesso per correggere e tornare a purità l'animo suo. Se resta impunito o graziato, egli ha dovere (più proficuo per la società) di tentare di cancellare le sue colpe con opere meritorie verso i suoi simili.

Ciò posto, è inutile chiedere se secondo l' assoluta giustizia possa l'uomo esser avuto in conto di mezzo per ottenere la sicurezza sociale. Se non può egli stesso consentire, ove pur lo

(1) Romagnosi. *Ibid*

(2) Rossi. *Ibid. Introduz.* Pag. 6

riconosca necessario, che della sua persona si faccia un mezzo di spavento in altrui, a maggior ragione non sarà giustizia, secondo quell' assoluto concetto, che esso ripugnante, lo faccia la società. Onde ogni pena per quanto equa e vantaggiosa, non può mai dismettere il carattere d'una violenza

Ma la pena è ella poi necessaria?

XV.

Se mantenendosi entro i limiti di una correzione si potesse restituire alla società quella sicurezza che il delitto le tolse; se correggendo e niente più che correggendo i delinquenti la società non fosse impedita nel suo cammino, il problema sarebbe risoluto: il bene particolare e il generale, l'utile e il giusto si troverebbero uniti Ma le pene sono necessarie? Ossia, oltre la correzione del delinquente, e per la tutela della civil società, è egli indispensabile affliggere i rei di un male che allontani gli altri dal commetter nuovi delitti? È infine necessaria l'intimidazione, lo spavento, la esemplarità la controspinta, qualunque sia il nome che si vuol dare alla pena? Senza di essa l'ordine sociale, lo *stato di diritto* potrebbe mantenersi?

Uno scrittore francese, molto amato dagl'Italiani pel valore col quale come scrittore propugnò la nostra indipendenza, e le nostre libertà, dice: Dans mon esprit cette question « n'en est plus une. Le doute qui était à la surface en a disparu dès que je l'ai eue quelque peu creusée » (1) Per lui non è più a dubitare che *l'instruction de l'homme par l'homme* si potrà sostituire *à la punition de l'homme par l'homme.*

I mezzi che siamo usati d'impiegare per impedire che i reati accadano, dovrebbero bastare, secondo Emilio De Girardin, per impedire che accaduti ne seguano dei nuovi. Istruzione, moralità, beneficenza, e sopra ogni cosa libertà, soli mezzi giusti e necessarii da surrogarsi alle pene che a nulla giovano, che rendono il delinquente e gli altri uomini più malvagi e più ipocriti. I Magistrati, commesso un delitto, dovrebbero limitarsi a *constatarlo*, a *pubblicarlo*, questa sarebbe la maggiore delle pene, e la più efficace. Ogni cittadino sarebbe iscritto in un registro pubblico dove si noterebbero i suoi falli, per mezzo

(1) Girardin. *La Liberté* Paris 1857

del quale non si potrebbe sottrarre alla vergogna che lo costringerebbe a spatriare [1]. « À toute porte inconnue à laquelle « le coupable frapperait pour demander asyle, il lui serait demandé d'exhiber son *inscription de vie*, ce qu'il n'oserait « faire. *Expatriation publique pour cause de honte publique!* « Quelle admirable peine, et comme celle-ci rélèverait une « nation à ses propres yeux d'abord, et ensuite aux yeux de « tous les autres peuples! [2] »

Siffatti argomenti o simili, che noi non sappiamo come combattere, tanto è diverso il mondo in cui viviamo e la lingua che parliamo, e la logica che comunemente si usa dalle fantasticherie di tali autori, sono quelli che si adducono da una gran quantità di socialisti, per negare la necessità della pena.

A noi giovi fare soltanto osservare che quello sarebbe il vero mezzo per finire di pervertire non tanto il delinquente quanto tutti gli altri. La libertà del reo accompagnata dal disprezzo che si ha per un uomo che commise un delitto costatato dai Tribunali, unita alla diffidenza che quella impunità produrrebbe, sarebbero i veri mezzi perchè quell'uomo, infamato, rejetto, odiato da tutta la società, senza sentimento d'onore, e dotato d'istinti malvagi come il delitto commesso lo provò, non rispettasse più nè diritto nè morale nè famiglia nè società, e abbandonato ai soli istinti brutali — ogni altro piacere essendogli negato — si associasse ai compagni maledetti e affrettasse la ruina sociale.

Pur troppo uno dei più gran mali della pena è la sua pubblicità! Perchè se questa è necessaria alla società (altrimenti la pena sarebbe inutile) nuoce tanto al condannato che sa d'aver perduto ogni stima sociale, che solo in una forte e sicura resipiscenza può trovare, la qual cosa non facilmente accade, argomento a bene operare. È facilissimo che si dia a bene operare chi commise un delitto rimasto ignoto; difficilissimo che lo faccia chi nella reputazione dei più si sente perduto. Benemeriti quindi quegli scrittori, e ve ne ha eziandio tra i socialisti, che insegnano alle moltitudini che l'uomo che ha scontato la pena, come è restituito alla libertà, può esser restituito alla morale!

(1) Girardin. *La Politique universelle.*

(2) Che direbbe l'Abate Gioberti, che non sempre aveva ragione di dir male dei Francesi, di questa jattanza gallica?

Crediamo inutile trattenerci di più su questo argomento Diremo, anzi se si crede opportuno, che noi parliamo soltanto a coloro, che o maggiore o minore che sia, o d'un genere o d'un altro, credono che una vera e propria pena sia necessaria per la conservazione dell'ordine sociale.

XVI.

Vedemmo come alla società sarebbe impossibile conservarsi senza la pena.

Sia pur questo un male o un danno, è lecito alla società l'esercizio delle pene?

Non è dubbio: la società civile non è un elezione; è una legge da Dio imposta alla nostra natura, alla nostra natura superiore, e che risponde allo eterno ordinamento. Legge divina è parimente il dovere della perfezione di lei: perfezione che il delitto rende difficile, anzi impossibile.

Commesso un misfatto, esaminiamo i rapporti giuridici tra il delinquente e la società.

Sì l'uno che l'altro poniamoli d'accordo nel ricusare la massima il male merita il male.

Avvenuto il delitto, quanto al passato, non restano se non due fatti da deplorare: una persona offesa nella vita, nella dignità, nella roba, o altrimenti, ed una persona trascinata fuori del sentiero della perfezione e degradata: e probabilmente per questi due fatti distrutte una o più sorgenti di ricchezza, d'istruzione, di moralità.

Pel passato, commesso il delitto, non s'incorre altr'obbligo se non quello della riparazione privata, ma questo non è pena, è un debito civile che si contrae in quanto, e nel tempo stesso che si fa danno ad altrui. Le leggi non fanno se non riconoscerlo, dichiararlo.

Altro è per lo avvenire. Per lo avvenire si ha il timore ragionevole che il reo torni a delinquere; si ha la certezza che lasciando impunito quel fatto si ripeterebbe; si dimanda quindi la pena. Fingiamo adesso una polemica tra il delinquente e la società

—« Con qual diritto, questo può chiedere, voi volete la pena? »

—« Per conservare quell'ordine impostomi dall'eterna ragione ».

—« Giusto è lo scopo, può rispondere l'accusato, ma il mezzo « per giungervi è la mia vita o la mia libertà e la mia sociabilità

« essi rispondono a quello scopo che costituisce la mia autono-
« mia come la vostra, e ci fa eguali. »

— « Voi eravate libero di non commettere il delitto, com-
« mettendolo voi avete date cagione a certe conseguenze, una
« delle quali è la pena che in fine è opera vostra, e bisogna che
« sopportiate

— « Quali sono queste conseguenze? Il timore ch'io torni a
« delinquere e il timore che gli altri m'aiutino? Ma chi vi dice
« ch'io sarò recidivo? Perchè per un incerto mi date una pena
« certa? Ma supponiamo che i vostri timori siano fondati: voi
« mi dite che se si trattasse di me solo la pena sarebbe mitis-
« sima; ma mi punite di più, mi togliete la vita perchè gli altri
« non m'imitino; se foste certi che non m'imitassero, voi non
« pensereste tutto al più che a correggermi Dunque io pago
« il fio della malvagità degli altri » ?

— « Sta pure, può replicare la società, ma voi siete essen-
« zialmente sociale, e in quanto siete tale, siete debitore alla
« società dalla riparazione ad un male che avete provocato »

— « Ma io conservo ancora il mio diritto a il dovere alla vita
« e alla libertà, perchè, sebbene faccia parte d'una società, sono
« tuttavia autonomo, perchè ho un fine proprio Questi doveri
« non li perdo per averne violati degli altri: voi punendomi per
« giovare e mantenere l'ordine, venite a commettere un azione
« la cui morale è questa « l'uomo non ha ragion di fine, non
« esiste altro che per la specie » Tornate allora ai sistemi sper-
« tosi, negatemi l'indipendenza personale, ditemi che l'uomo
« avrà tutt'al più delle sensazioni particolari, ma che il suo
« intelletto, la sua ragione, la sua libertà non sono un suo at-
« tributo, sono un attributo della specie ».

È dunque innegabile questa collisione, e ci reca maraviglia
vederla negata da taluni i quali cercano non sappiam dove un
dovere nel delinquente di sacrificare se stesso.

Il ragionamento di Grozio per legittimare la difesa diretta
o indiretta, e per applicarlo per analogia a tutti i reati, che,
cioè, l'aggressore assalendo perdeva il diritto alla vita, parve
soddisfacente a pochi; non tanto per le ragioni addotte, quanto
perchè colui che aggredito, per esempio, da un pazzo l'ucci-
de, non commette un delitto, sebbene il pazzo, come tale, non
avesse potuto perdere il diritto alla vita Lo stesso è a dirsi
di chi fosse scambiato per un assassino, del quale è ordinata
la caccia: se il soldato, in buona fede, erra scambiando per

un assassino un galantuomo, e se questi si difende e uccide l'aggressore, non può dirsi che per quell'errore il soldato avesse perduto il diritto alla vita.

L'argomento del Grozio contiene adunque un ipotesi, dimostrata non vera, anziché un principio della ragione.

La collisione di diritti che s'incontra nella difesa pubblica s'incontra eziandio nella privata, legittima allorchè la forza sociale non può soccorrere l'aggredito, costretto a difendersi da sè.

Raccogliendo adunque i varii corollari dedotti nella nostra argomentazione, abbiamo:

1.° Non esser vero il principio che il male meriti il male.

2.° L'inalienabilità dei diritti fondamentali umani.

3.° La necessità della pena per il mantenimento dell'ordine sociale.

4.° L'ordine sociale derivare dall'ordine universale eterno e della giustizia.

Tanto è innegabile la verità di questi corollarii, che ci potrebbero fare apparire la pena come una ingiustizia necessaria, ma pure un ingiustizia, che noi volemmo tornare al principio delle teoriche assolute, mirabile per semplicità ed esattezza, e tentemmo giustificarlo, quasi disperando altrove uno scampo. Ma la ragione delle cose ci diè sempre la medesima risposta. Allora studiandoci di risalire ai supremi principj dai quali la pena avesse potuto trarre origine, vedemmo il problema penale derivare ed annettersi ai più ardui problemi della filosofia.

XVII.

G. B. Vico giudica la pena in modo assai diverso dai sistemi fin qui discorsi. Nel suo libro: *De universi juris uno principio et fine uno*, e nelle altre sue opere si trova accennata una teorica di diritto penale, la quale, secondo la opinione eziandio del Mancini nelle sue lettere al Mamiani, soddisfa più di tutte le altre.

Sulle tracce del Vico, e coi trovati della buona filosofia applicata alle nozioni giuridiche, si può trovare una formula ove la ragione riposi.

Il filosofo napoletano non si ferma a lungo sulla genesi della pena: inonde la sua dottrina va argomentata e ridotta in sistema scientifico raccogliendo i varii precetti sparsi nel

suo libro, come noi tentemmo di fare, e rannodandoli a quel punto che secondo l'autore è il principio e il fine del diritto universale.

La metafisica, egli dice, ossia il principio supremo della filosofia, che è la critica del vero, può sola dimostrare la verità del diritto. Il diritto conseguentemente non può prescindere dall'idea di Dio in cui è contenuto.

Iddio, come afferma pure S. Agostino, è *conoscere, volere e potere infinito*: l'uomo, che aspira verso Dio, è *conoscere volere e potere finito che tende allo Infinito*. Il vero è ciò che si conforma all'ordine delle cose il quale è eterno. La natura e la superiorità dell'uomo sulle altre esistenze è costituita dalla ragione, che sente la forza del vero e tende a conformarvi il finito, quindi l'umana ragione è *virtù* in quanto pugna contro la cupidità, e prende il nome di *giustizia* in quanto si studia di regolare ed equiparare le utilità, ossia le cose dell'ordine finito, e le indirizza allo Infinito.

Questa forza rettrice ed equiparatrice delle utilità è costituita dall'unico principio e fine del diritto universale. principio in quanto muove da Dio, fine in quanto ritorna all'Infinito, alla bontà assoluta, a Dio; laonde nel diritto signoreggia il concetto della finalità.

I beni, le utilità, sono da distribuirsi egualmente fra tutti: laonde il diritto universale che è il cammino delle cose finite verso Dio, è l'utile repartito con equa misura egualmente fra tutti. La qual cosa i giureconsulti chiamano l'equo-buono.

Questa eguaglianza che è scopo del diritto, non è l'eguaglianza aritmetica e materiale, ma la geometrica, cioè a dire l'eguaglianza della misura, la quale dà a condizioni ineguali di persone ineguaglianza di cose, e a condizioni eguali di persone eguaglianza di cose.

I beni non possono dirsi per se nè turpi nè buoni, ma turpe è la diseguaglianza di essi: dacchè la eguaglianza costituisce la onestà, la quale è costituita dalla conformità al fine universale.

Il diritto che si parte dall'onestà o dalla morale si suscita con la *occasione*: onde i due elementi del giure: l'infinito e il finito i quali devono andare di guisa che, come dicemmo, questo sia a quello indirizzato (1).

(1) Questo è il *diventare* secondo la espressione germanica. Ma il *diventare* secondo i precetti del Vico non è nell'Idea, in Dio stesso, come nella

L'Infinito è ad un tempo la cagione e l'obiettivo: l'*occasione* che è la mutabilità, la contingenza, fa sì che il diritto si manifesti variamente e secondo di queste mutazioni: ma al tempo stesso rimane immutabile.

Il diritto è la volontà di Dio il quale vuol convergere le cose finite verso se stesso: dal che vuolsi dedurre che come il corpo non è causa ma occasione a destare nella mente dell'uomo l'idea del vero, così i beni corporei non sono cause ma occasioni a determinare la volontà al giusto.

Il principio dunque del Vico è quello che troviamo espresso anche dal Kant, dal Krause e da altri: il diritto è il mezzo della morale; ma il Vico evita gli scogli del psicologismo Kantiano avvisando il diritto non mai come qualche cosa di vuoto che non può essere riempito dalla morale, regola vuota anch'essa in quei sistemi soggettivi e destituiti di finalità ontologica, ma riconoscendo che Iddio, il Vero, il Bene, esistono fuori dell'uomo. Soltanto passando, per così dire, a traverso la natura umana, generano il diritto il quale è la via, il mezzo per ritornare all'Assoluto. Onde l'unità del principio e del fine della giurisprudenza come di ogni umana attività.

Se il diritto naturale universale è immutabile, mutabili sono i fatti; ed ogni azione, se si prescinde dal considerarne la finalità, non ha per sè alcun valore giuridico: anzi una medesima azione muta d'indole a seconda della finalità.

Così io vedo un uomo che uccide un altr'uomo; quell'azione non è per se stessa nè buona nè cattiva. È l'assassino che per cupidigia uccide il suo simile? Quell'azione non parte da Dio nè a Dio ritorna: al contrario. Dunque è cattiva. È l'innocente aggredito? È il cittadino che difende la patria? Quell'azione è buona. Appropriarsi l'altrui non è per se stesso nè buona nè cattiva cosa. È l'ingordo che ledendo le leggi della eguaglianza umana ruba altrui del frutto del suo lavoro? È un furto. È l'uomo moribondo per fame che stende la mano sull'altrui roba per non morire d'inedia? fa cosa lecita.

Venendo al diritto di punire ecco come svolge la sua dottrina:

« Contro coloro che peccano e il fanno per ignoranza, va
« imposta la pena in vista dello stesso diritto di natura assoluto,
« sia che abbiano commesso qualche turpe fatto ad offesa altrui

filosofia egheliana, l'Infinito è la immutabile assoluto ed eterno. Il finito diventa in quanto vi si conforma, e prende il carattere di buono.

« sia che a loro proprio danno. Mercè questo diritto i rei si pu- « niscono da loro stessi: ma perchè non avvi alcuno che voglia « essere el misero, noi diremo con più verità che questi rei si « rendono su di se stessi esecutori necessarii di siffatta specie « di pene che loro impone l'eterna ragione, la giustizia eterna, « Iddio. Si è perciò che questa specie di pena con maggior pro- « prietà che qualsiasi altra voce fu detta dal pentirsi, ossia « dalla *coscienza* del mal fatto, la quale non si è che *il pu-* « *dore* per avere ignorato il vero, essendochè dall'ignoranza « del vero ne venne la turpitudine. La voce *coscienza* poi ha « una etimologia di gran lunga sapiente: imperocchè *scire* è « conoscere il vero, *conscire* è conoscerlo con altri. Onde al- « lorchè la mente conosce il vero insieme con l'animo e vede « fra due cose qual conviene eleggere, allora l'animo conosce « se stesso, ossia è conscio alla sua mente, conscio alla sua « ragione. E come la *coscienza d'aver fatto bene* è il premio « di avere conosciuto il vero da Dio riposto nella stessa *onestà*, « così la *coscienza del mal fatto* forma la *pena* di avere igno- « rato il vero, la quale Dio mise nella stessa turpitudine. Per « la qual cosa con eleganza e verità si può dire che questa sia « la pena che Dio impone qual reggitore della società del vero « e della ragione di cui sopra parlammo; mercè la qual so- « cietà l'uomo non pur con gli altri uomini comunica, ma « con tutte le intelligenze e con Dio ».

« A colui che pecca *per errore* è castigo la stessa cogni- « zione di quel vero che prima ignorava: e quindi sarà per lui « di pena il *pudore* che proverà per avere errato. Coloro poi che « peccano per *deliberata volontà* ma non essendo spogli affatto « di ogni verecondia dell'eterna ragione, i quali Aristotile « chiama *incontinenti* e le cui *colpe* Platone dice sanabili, ven- « gono puniti di *acuti stimoli di coscienza*. Infine quelli che pec- « cano per prava abitudine o per loro malvagia natura, avendo « messo giù ogni pudore della eterna ragione, da Aristotile « detti *intemperanti* e le cui colpe Platone disse senza rime- « dio, vengono puniti con quello *stato* d'*istupidimento di co-* « *scienza* ossia una *certa morte* del *senso comune* che in loro « avviene (seu morte quadam sensus humani). Per la qual « cosa questi sciaguratissimi uomini vengono dai filosofi ban- « diti dal consorzio degli uomini e dalla civil comunanza e « ricacciati fra le bestie; talchè puossi dire molto argutamente « che questa pena sia una deportazione dell'umanità (ita ut

« ocute dixeris, hanc poenam esse quamdam deportationem « humanitatis » ».

« Però le pene che s'impongono ai rei sono quelle che propriamente s'infliggono *nella società dell' equo buono* » le quali « *sono richieste per la condizione delle cose, e non perchè per natura sia necessario l' infliggerle*; vale a dire il perchè *l' utilità confortata dalla ragione naturale, e non perchè la naturale ragione per se stessa di necessità il richiedesse* ».

Bene adunque può dirsi tutto il criterio di questa teorica consistere nella separazione tra l'*ideale* (ragione e fine) e l'*occasione*, riuniti da quella aspirazione o tendenza che c' insegna il punto ove si conciliano. Quindi anche il diritto pel Vico *diventa*, in quanto i rapporti umani si avvicinano al diritto eterno.

Le contingenze e le leggi della loro variabilità sono oggetto della storia. Onde la necessità dello studio della storia per la cognizione del diritto. La storia come il diritto sono immutabili nella loro mutabilità: questo è il concetto dominante di tutte le opere del filosofo napoletano.

Conseguentemente differisce dell' Hegel che afferma la pena un diritto del reo. Pel Vico non corrispondendo essa ad una necessità ideale, ma ad un bisogno dell'uomo, il reo deve subirla come la società che deve non sceglierla ma essere costretta a darla.

Esplichiamo quanto per noi si può i germi contenuti nelle dottrine del Vico.

XVIII.

Bene assoluto è quello che comprende il bene di tutti gl' individui e della specie. Ma come va che si parla di bene particolare in lotta col bene generale?

Questo contrasto può essere nell' ordine ideale eterno? No noi non porremo nell' obbiettivo ciò che è nel subiettivo.

Nella teleologia universale dunque siffatto contrasto non può accadere, ma nel mondo avviene: se fosse perfetto non accadrebbe.

Il nostro mondo non è tale: sebbene infinito in potenza è limitato in atto; perfetto nel suo schema è imperfetto nell' antischema, onde la opinione del Leibniz che noi viviamo nel migliore dei mondi possibili è vera ma non nell' atto; poichè le

contradizioni che noi rinveniamo non sono nell'Ente come vuole una nuova filosofia, ma nelle esistenze, le quali sono mutevoli, che sono destinate al flusso, al moto, al passaggio, e in ciò versa il detto di S. Paolo: *praeterit figura huius mundi* (1)

Di qui un doppio ordine: nell'Idea è tutto unità, nelle esistenze tutto molteplicità e pugna; onde si può dire che nell'ordine delle cose finite è una continua spinta e controspinta.

Nel considerare la società e gl'individui si ravvisa sì nell'uno che negli altri questa lotta, gli affetti si vedono contemperarsi con gli odii, le tendenze nocive con le utili. Nel finito ha luogo la esagerazione, ossia un'attività che può indirizzarsi al bene, ma che al di là d'un certo limite volge al male; e nello stesso ordine finito vi hanno gli analoghi temperamenti. Così l'affetto di sè può portare a nuocere altrui, e questo affetto è alla sua volta temperato dal timore che colui che dev'essere offeso si vendichi. Di qui ebbe origine il detto di Hobbes che la società è una guerra di tutti contro tutti: vero se della verità si guarda un sol lato.

Nell'ordine puro ideale ciò non interviene, e i più remoti svolgimenti d'una verità non possono portare se non al bene, non essendovi possibile esagerazione (parola e concetto che intende solo alle cose imperfette) per l'unità dell'Idea.

Di questa pugna, di queste appetenze e repugnanze, l'uomo, conoscere volere e potere finito, si deve valere (e spesso se ne vale senza avvertirlo) per indirizzarle all'Infinito, partendo dall'assoluta giustizia e all'assoluta giustizia facendo ritorno, secondo il precetto del Vico, e indirizzandovi sì il dolore che il piacere.

Questa verità colse eziandio Platone dicendo essere scopo delle leggi ordinare in siffatta guisa gli animi che odino l'ingiustizia (2) ossia che tendano all'armonia, come con voce moderna si è usati di dire (3).

La conservazione o l'incremento dello individuo e della specie ad un tempo è il desiderio della ragione: non potendovi

(1) Gioberti Protologia II. 224.
(2) Leggi L. IX.
(3) Questa produzione d'armonia derivante dalla lotta dei contrarii fu posta in gran rilievo dal *Bastiat* in tutte le sue opere, specialmente nelle *Harmonies économiques*. Proudhon non vede se non contradizione: ed è naturale per chi avverte soltanto il finito e prescinde dalla finalità

esser bene generale assoluto se non comprende il bene di tutti i singoli, mostrando imperfezione l'esclusione di un solo (1).

Ma avvenuta questa pugna, per le necessità dell' ordine imperfetto in cui viviamo, di chi tener conto? La ragion naturale c' insegna allora a tener conto della specie che è sempre più vicina alla perfezione: altrimenti si avrebbe un danno maggiore, non si risponderebbe al fine provvidenziale, il quale è eziandio quello del diritto. Ho detto danno maggiore, poiche l'idea di quantità ha luogo nella misura del valore delle esistenze finite; e per questo avviene che la morte, la distruzione sono talora riparazione e generazione rispetto alla vita universale, comecchè la vita sia sempre un bene, essendo un cammino, un avvicinamento. Laonde negli esseri razionali e aventi ragion propria, la morte, la distruzione per obbedire alle leggi universali, sarebbe un male da accennare a imperfezione eziandio nel principio della loro esistenza e nel loro fine, in Dio stesso, ove non si ammettesse una vita oltre quella mondana, e la loro continuità ed eternità.

Dalle cose discorse deriva quella massima che discende dalla ragione ideale eterna in rapporto con le cose finite che non possono cogliere se non un momento della vita universale, e questa è « sopporta i mali minori affinchè i mali maggiori non accadono » o più brevemente « tra due mali scegli il minore » Questa massima che anche il Mamiani fa scaturire dalla morale, vedesi tuttodì praticata, nè per scegliere un male, quando lo fanno per evitarne un maggiore, sono avuti gli uomini in conto di malvagi e di disonesti. La politica può dirsi esser posta per la più gran parte su questo assioma il quale alla sua volta si traduce in quello della finalità.

Turbato l'ordine sociale col delitto, per ripararvi sarebbe assoluta giustizia riabilitare il malvagio, omendarlo, e distogliere dai rei propositi tutti gl' inclinati a delinquere. Ciò e impossibile, stante la nostra imperfetta natura: allora l'umana societa trovasi in questo bivio: il male che è la distruzione d'un individuo avente ragione propria, e il male che è la distruzione della specie, che è il complesso delle ragioni di tutti gl' individui presenti, non escluso il delinquente, o che è il germe di tutti gl' individui futuri. In tal caso dubbia non e la scelta e si sacrifica l'individuo: non si ucciderà se la pena di morte

(1) Gioberti, Protologia.

non è necessaria, ma si priverà di taluno di quei beni che sono in lotta col benessere generale. Così s'imprigionerà a vita, a tempo, si condannerà in una ammenda, lo si priverà dell'esercizio di alcuni diritti e così via. In cotal guisa il diritto eterno passa traverso le *occasioni* — contingenze finite — per ritornare a se stesso: in cotal guisa appare quella contradizione tra l'assoluta giustizia e il diritto; contradizione che si concilia nel concetto della finalità: in cotal guisa appare quella pugna tra l'utile e il diritto sociale e il diritto ideale eterno, che è il suo schema, che i giureconsulti antichi, soprattutto i Romani e fin lo stesso Cicerone ravvisarono, nonostante che il Gioberti affermi ch'esso fu ravvisato soltanto dai moderni, e che la distinzione tra diritto e morale comincia con Machiavelli (1).

XIX.

La pena, considerata in se stessa è dunque un male? Male è distruzione d'ogni individuo appartenente a specie buona o diretta al bene: dunque la pena è un male, male essendo ogni annientamento, come male è la guerra la quale può essere tuttavia necessaria al bene, (2) può esser produttiva, generativa. La pena è un male per un bene, è la distruzione d'un particolare destinato ad una generazione: quindi essa è legittima perchè risponde al fine *universale* del mondo.

La pena non sarebbe un male se fosse solo correzione del reo: ma pena non è redenzione del colpevole, sebbene talora possa esserne occasione; nel concetto di pena entrando l'esemplarità, lo spavento pel dolor fisico — non pel solo dolore del rimorso — il quale è estraneo alla sinderesi. Se la pena fosse correzione, sarebbe per se stessa incremento, generazione: è invece, sotto un certo aspetto, simile al delitto: fa anch'esso dell'uomo uno strumento; lo tiene in conto di cosa, con la differenza che il delitto serve ad uno scopo particolare e sensibile, la pena al fine universale. La pena inoltre è male perchè colpisce, o almeno può colpire, persone innocenti: la moglie, i figli, i parenti del colpevole dal quale forse erano amati con ricambio e sostentati. Sotto questo aspetto la pena è cieca come il delitto.

(1) Avvertenza al libro del *Buono LVII*.
(2) Protologia II. pag. 583 e 634.

Per siffatte regioni il lettore che avrà fatte le più accurate indagini sulla pena si avviserà come il problema penale risponde al problema ontologico. Chiederai: com'è possibile che la pena sia necessaria, mentre legge universale dovrebbe essere il perdono, il bene; è lo stesso che chiedere com'è conciliabile che vi sia l'Uno, l'Assoluto, l'Infinito, e a un tempo stesso il molteplice, il relativo, il finito; ed implicare così il problema il più vasto, il più arduo, forse il problema insolubile dello spirito umano.

Laonde la spiegazione del Prof. Mancini che si ferma sulla umana personalità che partecipa ad un tempo dell'utile e del Bene assoluto, si ferma a metà di cammino: non spiega la relazione dell'utile (almeno se non la esistenza) con l'Infinito; è psicologica piuttosto che obbiettiva, non essendo la persona umana fine alla persona umana.

XX.

Il delitto fu voluto dal colpevole; più il delitto è grave vieppiù degrada l'individuo e così lo punisce, come si esprime il Vico; d'altra parte, in quanto l'individuo fa parte delle specie, degrada anch'essa.

La pena che la società irroga è anch'essa un fatto deplorabile ed un male, ma non degrada ulteriormente la specie, adempiendo essa un diritto, ossia obbedendo alle leggi del cammino dell'umanità verso Dio, ossia adempiendo una delle leggi che portano il finito verso l'Infinito: la cagione di tutto sta nell'esistenza della nostra imperfezione; senza di che la pena non sarebbe secondo ragione.

Se un fulmine colpisce un uomo che va per una strada e una sentenza ne condanna un altro; si hanno in ciò due fatti suscitati da due forze derivanti dall'ordine finito, l'una fisica l'altra morale; l'umanità deve deplorarli ambedue, deve cercare di evitarli, ma tanto non è tenuta per l'un fatto quanto per l'altro.

Il diritto penale non è dunque la morale pura; allora sarebbe il perdono, ossia, non sarebbe. Gli autori che scrissero sulle pene, non salirono tutti alla fonte razionale, ma intravidero il gran distacco che vi è tra la morale e il gius di punire, l'asserirono senza indagarne la ragione, e vedere in quel punto poi si riunisce Credettero questa una ricerca puramente di

lusso? Se l'avessero tentata, non avrebbero introdotto nel diritto punitivo elementi che non vi entrano o lo negano. Il Carmignani parlò delle scienze morali e disse che di quelle con le criminali *nulla conjunctio est* [1]; *nil jus criminale cum moralibus disciplinis commune habet* [2]

Il Roberti fa del diritto di punire « un atto meramente « politico, giustificato dalla trista ma indispensabile necessità « Come la natura così la società aborrisce i mali qualsieasi che « volessero imporsi ad un uomo

« Questa anzi, dice il Roberti, vorrebbe ben conservare a « ciascuno l'esercizio delle sue facoltà e di tutti quei diritti che « gli vengono dalla natura e dalla sua libertà La sola necessità « è la base del diritto di punire, in quanto che se fosse certo che « il colpevole non tornasse a rendersi tale, e che il gastigo non « servisse d'esempio o che restasse ignoto a tutti gli altri « uomini che hanno pensiero di delinquere, o che non valesse « per determinarli a cangiare d'intenzione, la società vorrebbe « astenersi ben volentieri o dal tormentare il delinquente, o « dallo adempiere ad un ufficio cui si vede suo malgrado co- « stretta [3]. »

Il solo Vico nel principio e nel fine assoluto del diritto, manifestantesi a traverso le contingenze dell'ordine umano, conciliò i principj discordanti Fare come taluni del diritto penale una norma assoluta, e una norma assoluta dalla morale, che impone il bene senza guardare alle conseguenze sociali, è porre in Dio le contradizioni che sono in noi; è includere la esistenza del principio buono e del principio cattivo; è in fine negare ogni verità assoluta Non dubitiamo affermarlo, nelle scienze penali i più idealisti furono li psicologi e i materialisti

XXI.

Si disse: Secondo le vostre dottrine penali della necessità o dell'utile, o secondo il principio « evita i mali maggiori scegliendo i minori » anche l'innocente può esser punito: basterà che dimostriate che eviterete mali maggiori

Questa obiezione che ha sbigottito alcuni teorici, che forse per questo, e non altro, introdussero la giustizia (com'essi la

(1) Elementa juris crim T. III Art. I § 3.
(2) Ibid § 31.
(3) Corso di diritto penale Tratt. pel. Sez. III. § 36.

intendono) per limite della pena, non è un obiezione, non ha ragion d' essere.

Punire non si può nè si vuole se non per un delitto: dunque l'innocente non può esser punito. *Fatto delittuoso e necessità della pena*, da questi due estremi è costituito il diritto penale; il gastigo inflitto all' innocente non lo riguarda. Si simuli un delitto, si simuli un giudizio, s'infligga un dolore corporeo e se ne attenda il profitto; che cos' hanno che fare coteste mascherate con la scienza penale? Fa maraviglia che alcuni segnalati cultori della scienza abbiano voluto combattere una obiezione ch' essi dovevano altamente disdegnare!

Nè è a temersi che anche il colpevole sia punito troppo: dov' è infatti il troppo possibile, allorchè si dice tra due mali scegli il minore? In caso di eguaglianza sarà dovere astenersi.

Nè solo è necessario il delitto perchè siavi la pena, ma è necessaria eziandio una dichiarazione giuridica legittima (ripeto cose volgari). Niuno, a mo' d'esempio, dubita della esistenza del delitto commesso da taluno; delitto, giuridicamente parlando, ma soltanto accusa, e quindi incerto se vero, non vi sarà finchè la sentenza dichiarativa non sia passata in cosa giudicata.

Perciò se taluno è condannato in prima istanza, condannato nuovamente in apppello, e muore prima che il tempo per ricorrere in cassazione non sia spirato, quel cittadino non può giuridicamente parlando, dirsi reo, il delitto giuridicamente non esiste

La obiezione dunque non riguarda il diritto penale.

Purtroppo appartiene a quella scienza o arte sociale che dicesi *Ragione di stato*, ed ivi il male dell'innocente è sempre voluto in obbedienza alla dura massima tra i due mali scegli il minore. La guerra, la leva, le imposte il pauperismo, certe restrizioni della libertà, dell'eguaglianza, sono mali che si addossano anche sugli onesti; ma se senza soldati, senza guerra, senza imposte, senza certe diseguaglianze, senza certe ingerenze sociali noiose anche agli onesti si va allo scioglimento della società, alla distruzione dell'ordine, chi esiterà nello scegliere? Chi incolperà l' uomo di obbedire ad una legge che è a lui superiore?

XXII.

Perchè la pena corrisponda a quel concetto che sopra esponemmo, perchè abbia il bene per principio e il bene per

fine, nonostante che riguardata nel momento della sua consumazione bene non sia, fa mestiere che abbia i seguenti tre requisiti: *necessaria* e *minima*, perchè altrimenti si trascurerebbe il fine che la legittima, e *remissibile* per quanto si può, stante la mutabilità delle condizioni umane nelle quali il diritto si rivela, e per la fallibilità invincibile degli umani giudizj.

1.° I cultori della scienza conoscono tutti i mezzi chiamati *preventivi* che s'insegnano per impedire i delitti. Ad uno specialmente i cultori del diritto dovrebbero rivolgere maggior attenzione, perchè meno studiato, forse a cagione dell' antipatia che destava sotto i governi assoluti: studiare cioè il modo di rendere la Polizia un autorità paterna ed onorevole, come tale è la sua missione nei governi liberi: farne la manifestazione d'un compito provvidenziale e procurarne la solidarietà e l'amore di tutti i cittadini.

2.° Dicemmo che desiderabile sarebbe la sola correzione dei rei, ma impossibile, conviene dunque più che si può avvicinarsi a questo ideale. Il limite della pena è nella difesa privata: la sua misura nella importanza del bene tolto col delitto e nella maggiore o minore difesa privata possibile contro quel delitto. Le migliori dottrine su questo proposito sono nei libri del Prof. Carrara (1).

3.° Remissibile dev' essere la pena più che si può. Quindi la pena di morte è anche per questo riprovevole. Remissibilità non può essere assoluta: niuno toglie all' innocente i tre anni che per errore scontò in carcere; ma si può impedire la prolungazione della pena e si può ottenere la riabilitazione del condannato.

Questo carattere è fondato:

1.° Sulla fallibilità dei giudizi umani nonostante le massime cautele.

2.° Sulla mutabilità delle condizioni umane.

Allorchè la legge nuova è più mite, tutti convengono che colui che fu delinquente sotto la legge abrogata, debba essere giudicato con quella, e se è più severa la nuova, con l'antica. Ma perchè non ridurre le pene anche a quelli già condannati? Che vi si oppone? Le pene non sono pel futuro? I male intenzionati ne trarranno un incoraggiamento? Mai no: essi sanno che saranno invariabilmente giudicati con la legislazione nuova

(1) Programma di Diritto criminale Lucca 1860

Nè può opporsi la necessità della immutabilità delle cose giudicate, perchè appunto questa necessità d'immutabilità cesse nel caso presente (1).

XXIII.

Accennammo i principj che nei varii tempi governarono il diritto penale: quanto agli svolgimenti scientifici di essi, è da notarsi che laddove lo studio della storia e delle sociali vicende è essenziale per un criminalista; mentre è per lui di gran momento conoscere la legge del rapporto delle pene con le condizioni dei civili consorzj e con lo spiegamento della idea del diritto in generale, il diritto penale tuttavia non ha uno svolgimento storico proprio ed indipendente.

Esempigrazia, nelle scienze fisiche e nelle altre scienze si hanno dei principj immutabili, trovati fino ab antiquo, costituiti in vero e proprio organamento scientifico: il diritto penale nella storia ci apparisce invece poco più che un'arte, sieno l'espiazione o l'utilità i principj che lo governano nell'applicazione. Il diritto punitivo insomma è tanto dipendente dalle occasioni che lo suscitano, e queste sono così variabili, più in questo che in ogni altro ramo qualsiasi del diritto universale; è tanto storico infine che, si scusi il bisticcio, non può avere una storia.

Nel diritto civile, per esempio, si hanno principj assoluti fino dalle prime epoche di civiltà sulle alienazioni, sulle proprietà, sul matrimonio, sulle garanzie, sulla patria potestà e così via. La storia c'insegna come questi si svolsero, come furono modificati dalla distinzione di caste, di genti maggiori e minori, dalle religioni, dall'incivilimento; ma il diritto penale non è soltanto modificato dalle condizioni sociali, è creato. Di vero, d'immanente, non vi ha che il principio che bisogna punire gli atti che portano il disordine nella società. Quali sono questi atti? Quale vediamo nella storia esser avuto sempre come criterio della pena? La storia speciale del diritto penale non ce nè può dircelo: essa sarebbe una storia di conseguenze, inintelligibile senza la storia di tutte le premesse.

Nulladimeno una legge costante delle pene è questa: che in quantità ed estensione tendono e diminuiscono col progredimento della civiltà, e questa regola corrisponde alle leggi uni-

(1) Questo principio fu quasi sempre posto in pratica per via d'*indulti*; ma la scienza esige che il principio entri nella *legislazione*.

versali della natura umana in particolare e della società in generale, e ciò perchè:

1.° Diminuiscono gli atti malvagi: questa è conseguenza per se evidente.

2.° Certi atti malvagi non è più opportuno rivestirli del carattere giuridico di delitto: l'ordine sociale, per la riprovazione che incontrano, e per l'incremento della difesa privata, conseguenza dell'incremento della libertà, dura anche risparmiando la pena. Così è della bestemmia, delle offese in genere alla divinità, quando non costituiscano altro delitto: così sarà tra breve dello incesto, dell'adulterio e di certi atti tendenti a ribellione, ma che il complesso delle forze individuali e l'autorità dello Stato sapranno bastare a rendere inefficaci (1).

Una conseguenza di questa legge è il ritorno alla istituzione di molti delitti perseguibili a querela di parte che prima erano perseguibili ex-officio dal magistrato. Tal tendenza, avvertita dal Pisanelli, che è un apparente ritorno alle costumanze dei popoli barbari, ha origine da una cagione altissima di civiltà inavvertita dalla prima Rivoluzione francese che tentò rendere tutti i delitti perseguibili di proprio moto dal magistrato.

Ora se le leggi penali coll'incivilimento si restringono per quantità e per estensione, potremo giungere ad un'epoca nella quale saranno soltanto un'amorevole correzione?

La fede che ognuno ha nel progresso indefinito dell'umanità darà risposta a questa interrogazione.

XXIV.

Scienza essenzialmente storica, noi troviamo la vera teorica penale tracciata nei libri del primo filosofo della storia. L'amore che portiamo per quel Grande e per la scienza ci valga di scusa per la imperfezione del lavoro.

Rigettati i principj dell'espiazione perchè la ragione e il cuore vi ripugnano, e il principio dell'utile, come ultima giustificazione, perchè la mente non vi riposa, noi abbiamo in quella teorica la parte assoluta e la relativa. Il diritto penale

(1) Il *Dupont-White* vuole invece per l'avvenire l'aumento delle sanzioni penali. Egli nega una legge storica evidentissima per servire al sofisma fondamentale della sua dottrina politica che lo Stato, superiore al complesso d'ogni ragione individuale, è l'unico fattore (salvo qualche eccezione) del progredimento morale e civile. V. *L'Individu et l'État* Paris 1858.

non risponde ad una necessità dell'ordine assoluto, riposa su una necessità dell'ordine finito che ci fa gemere, ma che indissolubilmente ci lega. Nel primo abbiamo l'amore, il perdono, e sempre il bene, nel secondo la imperfezione, il sacrificio e talora il male necessario. Ciascuno attinga dalla propria coscienza, dai propri principj filosofici e dalla fede religiosa, il coraggio e la serenità necessaria per contemplare senza perdersi d'animo i mali e i dolori a quali la nostra natura è condannata: conforti l'animo con le sublimi promesse fatte alla nostra specie destinata a partecipare vieppiù della luce ideale. Ma non si turbi il senso morale, non si guastino le bellezze della verità facendo di una legge d'odio una legge divina; facendo con gli artifizi d'una superba ragione smarrire ai popoli e ai legislatori il sentimento e la coscienza del bene.

NOTA

La dottrina che abbiamo svolta intorno al diritto in generale, resultante dalla intuizione dell'ideale e dalla maggiore possibile conformità ad esso delle condizioni e degl'istituti sociali, può, come ordinato sistema giuridico, essere utilmente invocata non tanto in tutte le questioni di diritto penale, quanto nelle altre questioni sociali che la ragione umana si affatica a risolvere.

Tutti, per esempio, conosciamo le ragioni che giustificano la proprietà individuale e che combattono il socialismo e il comunismo; pur tuttavia la proprietà individuale fu combattuta fino dal comporsi delle prime epoche civili. Gli Spartani, Platone, gli Essenj, alcuni Cristiani dei primi tempi, gli Anabatisti, gli Ussiti, Campanella, Moro, Brissot de Warville, Babeuf, Owen, Fourier, S. Simon, L. Blanc, Cabet, Proudhon, ci presentano una tradizione continuata di nemici più o meno radicali della proprietà, e questo non può essere effetto del caso, (poichè il caso non è un fatto costante), come sembra credere il Sudre (1), ma è mestieri pensare col critico dei socialisti, il Reybaud (2), che fossevi una ragione potente e feconda.

Owen ci dice che la società è sì male ordinata che la massima parte degli uomini divengono malvagi per il cattivo ordinamento della famiglia e della proprietà; Fourier parte dal principio che le passioni che oggi conducono a perdizione molte creature umane sarebbero dirette al bene universale con altro ordinamento, ch'egli

(1) Histoire du Communisme.
(2) Les Reformateurs contemporains

propone nel suo *falanstero* che ci descrive come una specie di paradiso terrestre; S. Simon e Enfantin propongono come massima d'assoluta giustizia, e fondata sulla dignità umana, la distribuzione dei mezzi e degli argomenti di benessere secondo questa massima: « *A chacun suivant sa capacité; à chaque capacité suivant ses oeuvres;* » L. Blanc ci dice che l'uomo ha diritto al lavoro per il diritto della intelligenza e della idea sulla materia. Siffatte argomentazioni furono spesso tradotte in tumulti e in rivoluzioni dalle prime epoche storiche fino al 1848, ed in sedizioni, in leghe e in congressi di operaj socialisti fino ai nostri giorni; dunque non possono avere avuta tanta efficacia senza che un qualche barlume di verità ideale e di giustizia non vi fosse.

E questo è innegabile; il diritto di proprietà, che è vero quanto è vero il diritto di personalità, ha i suoi inconvenienti e i suoi martiri; il grido dei socialisti per *l'abolizione del proletariato*, come elegantemente si esprimono, parte da questi. Quando l'Ahrens (1) ci dice che è ingiusto che una classe di uomini muoja nella miseria mentre l'altra nuota nelle ricchezze e spreca il superfluo, dice cosa verissima; ma bisogna vedere se un ordinamento giuridico sociale potesse ripararvi, per esempio con una imposta che affermasse il diritto della *umanità* superiore al diritto di *proprietà*, come propongono il Lamartine (2) ed altri scrittori più o meno socialisti.

Il principio del S. Simon « a ciascheduno secondo il merito » è giustissimo; ma è questo un principio da raccomandarsi alla moralità dei privati o alla legislazione? La proprietà è essa brutale e feroce come insegna il Proudhon? Talora, non è dubbio, può esserlo; ma che avverrebbe se si ponessero come principj legislativi le obiezioni del Proudhon, le polemiche del Blanc? La storia lo ha già dimostrato.

Si separi adunque la intuizione di un ideale astratto, dalle misere condizioni nelle quali viviamo; si conceda ai socialisti la verità di certi principj che è impossibile di combattere con la ragione pura; non combattiamo con sofismi ciò che possiamo combattere con veri ed irresistibili argomenti tratti dalla realtà. Se si dimostrerà (e fu dimostrato completamente) che senza proprietà non vi ha più nè conservazione, nè produzione, nè moralità, nè progresso, e si va diritti alla ruina sociale, avremo abbastanza argomentato per legittimarla. Un illustre oratore inglese, udendo la argomentazioni di un socialista, disse che era al tutto della sua opinione e che diceva cose tutte vere, buone e giustissime e che le avrebbe sostenute: desiderava però sapere in qual mondo. Quell'oratore scherzando additava la via che deve seguire la filosofia del diritto in siffatte questioni.

Perchè non si tien conto anche della *rassegnazione* negl'istituti giuridici? la rassegnazione che non è un atto passivo, che non è un

(1) Filosofia del Diritto.
(2) Le passé, le present et l'avenir de la Republique.

abdicazione della propria dignità se si dà alla vita uno scopo nobile ed elevato? La Rivoluzione non può aver cancellato questo sublime principio sorto col Cristianesimo; lo ha tolto dov'era un'ipocrisia del sacerdozio o della tirannide, non può toglierlo dov'è una necessità della nostra natura.

Rousseau disse che il Cristianesimo depresse la umana dignità perchè parlò di dovere e non mai di diritto. Egli aveva ragione pel modo con cui l'uno e l'altro s'intendevano ai suoi tempi, e i suoi sofismi, benchè tali, portarono un gran vantaggio. Ma oggi che non viviamo più sotto la influenza delle passioni della fine del secolo XVIII, quei precetti non potrebbero esser più seguiti, e furono generalmente abbandonati anche dai più liberali. Dovere e diritto sono per le teoriche fondate sul principio della finalità la cosa stessa sotto differente aspetto.

Coloro che vogliono combattere con sottili argomentazioni certe verità ideali che sono un prodotto del senso comune, vogliono aver torto mentre potrebbero farne a meno; vogliono in certa guisa, come dicemmo, offuscare il senso morale proprio ed altrui. Ogni utopia è una verità, sebbene non concreta, o difficilmente concretabile, e perchè negarla? Disporre i rapporti umani in modo che più che si può si avvicinino all'utopia; ecco la legge del progresso, ecco il compito del legislatore positivo.

Nè dicasi che concedendo in astratto la verità di certi principj che sovvertirebbero l'ordine sociale, si crei un pericolo per la società. Questa è una misura di prudenza di cui si terrà conto nelle concioni popolari, ma che non riguarda la scienza.

La parte che nella storia rappresentano i fanatici, i dottrinarj gli utopisti i più esagerati è una missione altamente provvidenziale, disse il Balbo; essi ci ricordano che le verità superiori non vanno mai dimenticate, per quanto siaci conteso di raggiungerle.

In sostanza, come l'Assoluto, l'Infinito, il Perfetto, non saranno mai nella società, così il diritto sociale regolatore di esseri imperfetti non potrà mai essere la giustizia assoluta e talora la contraddirà.

Con questa distinzione, che è la massima distinzione nell'ordine degli esseri, si semplificheranno e si renderanno più facili a pro della comune intelligenza tante questioni che tuttodì si odono ricominciare ab ovo, con poco profitto per tutti, dalla tribuna, nel foro, e nella cattedra.

FINE



